



امارت اسلامی افغانستان



وزارت امر بالمعروف، نهی عن المنکر وسمع شکایت

معاملات در شریعت اسلامی

نصاب تدریسی ریاست عمومی دعوت و ارشاد

بخش دوم



تاریخ: ۱۴۴۷ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست موضوعات

فصل دوم: عقود در فقه اسلامی	۱
بحث اول: تعریف، حکم، رکن، اصطلاحات، دلایل مشروعیت، حکمت، طلب، اسباب و شرایط صحت شفعه	۱
مطلب اول: تعریف شفعه:	۱
مطلب دوم: حکم شفعه:	۱
مطلب سوم: رکن شفعه:	۱
مطلب چهارم: برخی از اصطلاحات مربوط به شفعه:	۱
مطلب پنجم: دلایل مشروعیت شفعه:	۱
مطلب ششم: حکمت شفعه:	۳
مطلب هفتم: طلب شفعه:	۳
مطلب هشتم: اسباب شفعه:	۳
مطلب نهم: شرایط صحت شفعه:	۴
مطلب دهم: سقوط شفعه:	۵
مطلب یازدهم: برخی از احکام شفعه:	۵
بحث دوم	۷
تعریف، رکن، انواع، اصطلاحات، حکم، حکمت، دلایل مشروعیت و شرایط کفالت:	۷
مطلب اول: تعریف و رکن کفالت:	۷
مطلب دوم: انواع کفالت:	۷
مطلب سوم: حکم، حکمت و دلایل مشروعیت کفالت:	۸
مطلب چهارم: شرایط کفالت:	۱۰
مبحث سوم:	۱۲
تعریف، اصطلاحات، دلایل مشروعیت، حکم، رکن، انواع و شرایط حواله	۱۲
مطلب اول: تعریف حواله و اصطلاحات آن	۱۲
مطلب دوم: حکم حواله، ارکان، انواع و دلایل مشروعیت آن:	۱۲
مطلب سوم: شرایط حواله:	۱۴
مطلب چهارم: بعضی مسائل خاص حواله:	۱۵
مبحث چهارم	۱۷
تعریف وکالت، حکم، ارکان، اصطلاحات، حکمت، دلایل مشروعیت، انواع، صفت، شرایط، عوامل پایان یافتن و مسائل مرتبط با آن: ..	۱۷
مطلب اول: تعریف وکالت، حکم، ارکان، اصطلاحات و حکمت آن:	۱۷
مطلب دوم: دلایل مشروعیت وکالت:	۱۸
مطلب سوم: انواع وکالت و صفت آن:	۲۱

۲۲.....	مطلب چهارم: شرایط وکالت:
۲۳.....	مطلب پنجم: عوامل پایان یافتن وکالت و بعضی مسائل مربوط به آن:
۲۵.....	مبحث پنجم.....
۲۵... ..	تعریف مضاربت، ارکان، حکم، بعضی اصطلاحات، حکمت، دلایل مشروعیت، انواع، شرایط، بعضی مسائل و عوامل پایان یافتن آن:
۲۵.....	مطلب اول: تعریف مضاربت، حکم، ارکان، بعضی اصطلاحات و حکمت:
۲۷.....	مطلب دوم: دلایل مشروعیت مضاربت:
۲۹.....	مطلب سوم: انواع مضاربت و شرایط آن:
۳۰.....	مطلب چهارم: بعضی مسائل مضاربت و عوامل پایان یافتن آن:
۳۱.....	مبحث ششم.....
۳۱.....	تعریف هبه، حکم، رکن، بعضی اصطلاحات، دلایل مشروعیت، شرایط، رجوع در هبه و موانع آن
۳۱.....	مطلب اول: تعریف هبه، حکم، رکن و بعضی اصطلاحات:
۳۲.....	مطلب دوم: دلایل مشروعیت هبه:
۳۳.....	مطلب سوم: شرایط هبه:
۳۴.....	مطلب چهارم: رجوع در هبه و موانع آن:
۳۷.....	مبحث هفتم.....
۳۷.....	تعریف ودیعت، تفاوت آن با امانت، بعضی اصطلاحات، رکن، حکم، دلایل مشروعیت و شرایط آن
۳۷.....	مطلب اول: تعریف ودیعت، تفاوت آن با امانت، بعضی اصطلاحات، رکن و حکم آن:
۳۸.....	مطلب دوم: دلایل مشروعیت ودیعت:
۴۰.....	مطلب سوم: شرایط ودیعت:
۴۱.....	مبحث هشتم.....
۴۱.....	تعریف مزارعت، رکن، حکم، دلایل مشروعیت، شرایط و عوامل فسخ آن
۴۱.....	مطلب اول: تعریف مزارعت، رکن و حکم:
۴۲.....	مطلب دوم: دلایل مشروعیت مزارعت:
۴۳.....	مطلب سوم: شرایط مزارعت:
۴۴.....	مطلب چهارم: عذرهای فسخ کردن مزارعت:
۴۵.....	احکام مربوط به مزارعت:

فصل دوم: عقود در فقه اسلامی

بحث اول: تعریف، حکم، رکن، اصطلاحات، دلایل مشروعیت، حکمت، طلب، اسباب و شرایط صحت شفعه

مطلب اول: تعریف شفعه:

کلمه «شفعه» از «شفع» گرفته شده که در لغت به معنای یکجایی و یکجا ساختن را می گویند. در اصطلاح فقها: بازگرداندن زمین یا خانه از مشتری به وسیله شراکت مبیع یا همسایه گی و یکجا ساختن آن با ملک خود را شفعه می گویند. (۱)

مطلب دوم: حکم شفعه:

شفیع به وسیله تسلیم کردن مشفوعه از جانب مالک یا خریدار، با رضایت یا به حکم قاضی، مالک می گردد. (۲)

مطلب سوم: رکن شفعه:

رکن شفعه این است که شفیع شفعه را از مالک یا خریدار طبق شرایط درست به دست آورد. (۳)

مطلب چهارم: برخی از اصطلاحات مربوط به شفعه:

شفیع: به کسی گفته می شود که حق شفعه دارد.

مشفوعه: به زمینی گفته می شود که از طریق شفعه گرفته می شود.

مشفوعه به: عبارت از آن ملکی است که به سبب آن، حق شفعه ثابت می گردد.

مشفوعه علیه: به خریدار زمین گفته می شود. (۴)

مطلب پنجم: دلایل مشروعیت شفعه:

شفعه به احادیث نبوی و اجماع ثابت است. (۵)

۱ - الشفعة: مشتقة من الشفع وهو الضم، سميت بما لما فيها من ضم المشترة إلى عقار الشفيع. الهداية في شرح بداية المبتدي لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الحنفي. ج ۴، ص ۳۰۸.

۲ - وأما شرعاً: فهي عبارة عما يملك المرء على المشتري حين اشترى العقار من شريك الشفيع أو جاره. النهاية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) حسين بن علي السغناقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۳.

۳ - (مادة ۱۰۳۶) يَكُونُ الشَّفِيعُ مَالِكًا لِمَشْفُوعٍ بِتَسْلِيمِهِ بِالرَّضَايِ مَعَ الْمُشْتَرِي أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ. مجلة الأحكام العدلية (ص: ۲۰۰).
- وَأَيْضًا قَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّ حُكْمَ الشَّفْعَةِ جَوَازُ الطَّلَبِ وَثُبُوتُ الْمَلِكِ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالرَّضَايِ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (۸/ ۱۴۳).

۴ - وأما حكمها: فجواز طلب الشفعة عند تحقق سببها الذي ذكرنا، وهو الشركة في ملك العقار مع البيع، وتأكيدها بعد الطلب، وثبوت الملك بالقضاء بها، أو بالرضا. النهاية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) حسين بن علي السغناقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۴.

۵ - وأما زكاتها: فهو أخذ الشفيع ما اشتراه المشتري، إما من البائع أو من المشتري عند وجود شرطها وسببها. النهاية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) حسين بن علي السغناقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۴.

۶ - قال الحنفية: ركن الشفعة: أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۶/ ۴۸۸۸).

۷ - ويسمى العقار الذي بسببه تطلب الشفعة: المشفوع به، والعقار الذي يملك بالشفعة: المشفوع فيه، ومشتري العقار: هو المشفوع عليه، والمطالب بالشفعة: هو الشفيع. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۶/ ۴۸۸۸).

۸ - ثانياً. الدليل على مشروعية الشفعة هو السنة والجماع:

أما السنة، فأحاديث كثيرة: منها حديث جابر رضي الله عنه: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفَتِ الطُّرُق، فلا شفعة». وفي رواية «في أرض، أو رُبْع، أو حائط، أو ربيع: المنزل، والحائط: البستان.

ومنها حديث آخر لجابر: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً».

ومنها حديث سمرة: «جار الدار أحق بالدار من غيره».

ومنها حديث أبي رافع: «الجار أحق بسقبه» أو «بصقبه» أي أحق بقربه وبشفعته؛ لأن السقب أو الصقب: ما قرب من الدار.

احادیث نبوی:

۱- رسول الله ﷺ فرمودند:

عَنِ الزُّهْرِيِّ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمَ» (۱)

ترجمه: از امام زهري رحمته الله عليه روایت است که گفته است: بدون شک رسول الله صلی الله علیه و آله در مورد چیزی که هنوز تقسیم نشده بود، به شفعه فیصله نمود.

۲- رسول الله ﷺ فرمودند:

عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَانَ لَهُ شَرِيكٌ فِي رَبْعَةٍ، أَوْ نَخْلٍ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذَنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ رَضِيَ أَخَذَ، وَإِنْ كَرِهَ تَرَكَ» (۲)

ترجمه: از حضرت جابر رضی الله عنه روایت است او گفت: رسول الله صلی الله علیه و آله فرمودند: کسی که در خانه یا باغی شریک باشد، برای او روا نیست که آن خانه یا باغ را بفروشد تا وقتی که شریکش را آگاه نکرده باشد. اگر شریکش راضی بود آن را بگیرد، و اگر راضی نبود آن را رها کند.

۳- رسول الله ﷺ فرمودند:

عَنْ سَمُرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ أَوْ الْأَرْضِ» (۳)

ترجمه: از حضرت سمرة رضی الله عنه روایت است او از رسول الله صلی الله علیه و آله روایت می کند که رسول الله صلی الله علیه و آله فرمودند همسایه خانه در خانه یا زمین همسایه از همه مستحق تر است.

۴- رسول الله ﷺ فرمودند:

عَنْ عَمْرٍو بْنِ الشَّرِيدِ، عَنْ أَبِيهِ الشَّرِيدِ بْنِ سُوَيْدٍ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرْضٌ لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَرِكٌ وَلَا قَسَمٌ إِلَّا الْجَوَارِ؟ قَالَ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ مَا كَانَ» (۴)

ترجمه: از عمرو بن شرید روایت است که او از پدرش حضرت شرید بن سوید رضی الله عنه روایت می کند. او گفت: به رسول الله صلی الله علیه و آله عرض کردم: زمینی است که کسی در آن شریک نیست، فقط همسایگی وجود دارد (آیا در چنین حالتی حق شفعه ثابت است؟). رسول الله صلی الله علیه و آله فرمودند: همسایه نسبت به شفعه آن زمین از هر کس دیگر بیشتر حقدار است، هر کس که باشد.

۵- رسول الله ﷺ فرمودند:

عَنْ جَابِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يَنْتَظِرُ بِهَا إِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيفُهُمَا وَاحِدًا» (۵)

ترجمه: از جابر رضی الله عنه روایت است که او گفته است: رسول الله صلی الله علیه و آله فرمودند: همسایه در شفعه همسایه بیشتر حقدار است؛ اگر او غایب باشد، منتظر او بماند، وقتی که راه هردو یکی باشد.

وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط.. ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فستتضر المالك؛ أي أن الشفعة تصادم مبدأ حرية التعاقد في التصرف. ورد عليه: بأن قوله ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المتعقد قبله. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٦/ ٤٨٨٦ - ٤٨٨٧).

۱ - السنن الكبرى للنسائي (١٠/ ٣٦٨) رقم الحديث: ١١٧٣٤.

۲ - صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٩) رقم الحديث: ١٣٣ - (١٦٠٨).

{عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَرِكَةٍ لَمْ تُقْسَمْ، رُبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذَنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَهُوَ يُؤْذِنُهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»}. صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٩) رقم الحديث: (١٣٤) ١٦٠٨.

۳ - سنن أبي داود (٣/ ٢٨٦) رقم الحديث: ٣٥١٧.

۴ - مسند أحمد بن حنبل (٣٢/ ٢١٢) رقم الحديث: ١٩٤٦١.

۵ - سنن ابن ماجه (٢/ ٨٣٣) رقم الحديث: ٢٤٩٤.

اجماع امت:

علمای امت، رحمت الله علیهم، بر این اجماع نموده‌اند. که شفعه عملی روا و جایز است.^(۱)

مطلب ششم: حکمت شفعه:

شریعت اسلامی شفعه را برای این جایز دانسته است تا از ضرر، خصومت و دشمنی جلوگیری شود؛ زیرا ممکن است شریک یا همسایه ملک خود را به کسی بفروشد که برای شریک یا همسایه اش مضر باشد، بنابراین برای دفع این ضرر، حکم شفعه جایز شمرده شده است.^(۲)

مطلب هفتم: طلب شفعه:

وقتی کسی مطالبه و درخواست شفعه را می‌کند، به ترتیب سه نوع درخواست کند:

اول: طلب مواثبت (طلب بدون تأخیر): این نوع طلب آن است که هرگاه شفیع از مجلسی که در آن بیع صورت گرفته است مطلع شود، فوراً و بدون تأخیر و بدون آنچه که دلالت بر انصراف او دارد، شفعه را طلب نماید.

دوم: طلب اشهاد (به وسیله شهود): این نوع طلب آن است که شفیع بر فروشنده که زمین در دست اوست یا بر خریدار که زمین در دست او نیست، شاهد بگیرد. اگر شفیع توانایی گرفتن شاهدان را داشته باشد و شاهد نگیرد، حق شفعه اش باطل می‌شود.

سوم: طلب تملک (طلب دعوی): طلب تملک عبارت است از اقامه دعوی خصومت در محکمه می‌باشد.^(۳)

مطلب هشتم: اسباب شفعه:

۱) اسباب شفعه سه است:

۱ - وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربه... البناية شرح الهداية (۱۱ / ۲۷۴).

- وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط... ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فسيقتصر المالك؛ أي أن الشفعة تصادم مبدأ حرية التعاقد في التصرف. ورد عليه: بأن قوله ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المتعقد قبله. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۶ / ۴۸۸۶ - ۴۸۸۷).

۲ - ثم إن من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار، قال الله تعالى {وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ} [الحج: ۷۸] وَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» وَلَا شَكَّ لِأَحَدٍ فِي حُسْنِ دَفْعِ ضَرَرِ التَّأْدِي بِسَبَبِ سُوءِ الْمُجَاوِزَةِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَدْ جَاءَ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى {لَاَعْدَيْتُهُ عَذَابًا شَدِيدًا} [النمل: ۲۱] أَي لِأَلْرَمْتُهُ صُحْبَةَ الْأَضْدَادِ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ وَمِعْرَاجِ الدَّرَايَةِ. فتح القدير على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي. ج ۹، ص ۳۶۹.

- لِأَنَّهَا تَجِبُ لِذَلِكَ ضَرَرِ الدَّخِيلِ عَنْهُ عَلَى الدَّوَامِ بِسَبَبِ سُوءِ الْمُعَاشَرَةِ وَالْمُعَامَلَةِ مِنْ حَيْثُ إِعْلَاقُ الْجِدَارِ، وَإِقْبَادُ النَّارِ، وَمَنْعُ ضَوْءِ النَّهَارِ، وَإِثَارَةُ الْعُبَارِ، وَإِقْبَافُ الدَّوَابِّ وَالصِّغَارِ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ يُضَادُّهُ كَمَا قِيلَ أَضْيَقُ السُّجُونِ مُعَاشَرَةَ الْأَضْدَادِ. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي لعثمان بن علي الزيلعي الحنفي. ج ۵، ص ۲۳۹.

- ويؤكد أن العلة الموجبة للشفعة هو دفع الضرر الدائم، الذي يلحق المرء بسبب سوء العشرة على الدوام. وهذا يتحقق في الجار، كما يتحقق في الشريك، فتكون حكمة مشروعية الشفعة ظاهرة فيهما، وهو دفع الضرر عنهما. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۶ / ۴۸۹۶).

۳ - قوله: ويطلبها الشفيع... الخ؛ اعلم أن للشفيع ثلاث طلبات:

الأول: طلب الإشهاد.

والثاني: طلب المواثبة.

والثالث: طلب التملك، كما بين في ((المتن))، والمراد بالمواثبة المسارعة والمبادرة، من الوثوب، أو من الوثبة، يعني: برجستن از حال خود، وأشار إلى الأول بقوله: وهو طلب مواثبة، وإلى الثاني بقوله: وهو طلب الإشهاد، وإلى الثالث بقوله: وهو طلب تملك وخصومة. كذا في. عمدة الرعاية بتحشية شرح الوقاية (۹ / ۳۵۸).

- الأفضل الثالث: في بيان طلب الشفعة: (مادة ۱۰۲۸) يَلْزَمُ فِي الشُّفْعَةِ ثَلَاثَةُ طَلَبَاتٍ وَهِيَ طَلَبُ الْمُوَائِبَةِ وَطَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادِ وَطَلَبُ الْحُصُومَةِ وَالتَّمْلِكِ. مجلة الأحكام العدلية (ص: ۱۹۹).

- الشُّفْعَةُ تَجِبُ بِالْعُقُودِ وَالْجَوَارِ وَتَتَأَكَّدُ بِالطَّلَبِ وَالْإِشْهَادِ وَتَتَمَلَّكُ بِالْأَخْذِ ثُمَّ الطَّلَبِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ طَلَبُ مُوَائِبَةٍ وَطَلَبُ تَقْرِيرٍ وَإِشْهَادٍ وَطَلَبُ تَمْلِكٍ.

(أَمَّا طَلَبُ الْمُوَائِبَةِ): فَهُوَ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالتَّبَيعِ يَتَّبِعِي أَنْ يَطْلُبَ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفُورِ سَاعِتِيذٍ وَإِذَا سَكَتَ وَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ.

(وَأَمَّا طَلَبُ الْإِشْهَادِ): فَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى طَلَبِ الْمُوَائِبَةِ حَتَّى يَتَأَكَّدَ الْوُجُوبَ بِالطَّلَبِ عَلَى الْفُورِ وَلَيْسَ الْإِشْهَادُ شَرْطًا لِصِحَّةِ الطَّلَبِ لَكِنْ لِيَتَوَقَّقَ حَقُّ الشُّفْعَةِ إِذَا أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي طَلَبَ الشُّفْعَةِ فَيَقُولُ لَهُ لَمْ تَطْلُبْ الشُّفْعَةَ حِينَ عَلِمْتَ بَلْ تَرَكْتَ الطَّلَبَ وَقَمْتَ عَنِ الْمَجْلِسِ وَالشَّفِيعُ يَقُولُ طَلَبْتَ فَأَنْقُولُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ وَقَتَ الطَّلَبِ تَوَيْبًا...

وَأَمَّا طَلَبُ التَّمْلِكِ: فَهُوَ الْمُرَافَعَةُ إِلَى الْقَاضِي لِيَقْضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ تَرَكَ الْحُصُومَةَ إِنْ كَانَ بِعُدْرٍ نَحْوِ مَرَضٍ أَوْ حَيْسٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَمْ يَكُنْهُ التَّوَكُّيلُ لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ فَإِنْ تَرَكَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ لَا تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ I وَهُوَ إِحْدَى الرُّوَابِعَاتِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ I كَذَا فِي مَجْمَعِ السَّرْحَسِيِّ وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى كَذَا فِي الْهِدَايَةِ. الفتاوى الهندية (۵ / ۱۷۱ - ۱۷۳).

- ۱- شرکت در جایداد.
 - ۲- آن کسی شفعه کرده می‌تواند که در حقوق مبیع شریک باشد؛ مثلاً راه آن‌ها یکی باشد، از یک جوی هر دو زمین آبیاری شوند و امثال آن.
 - ۳- همسایه حق شفعه دارد؛ هر خانه یا زمینی که به ملک او متصل باشد و فروخته شود، می‌تواند از طریق شفعه آن را بخرد. (۱)
- مطلب نهم: شرایط صحت شفعه:**
- ۱- شفعه تنها در اموال غیرمنقول مانند: خانه، زمین و امثال آن جایز است؛ در اموال منقولی شفعه صحیح نمی‌باشد.
 - ۲- زمینی که به سبب آن دعوی شفعه می‌شود، باید در ملکیت شفیع باشد؛ از همین سبب متولی زمین موقوفه (کسی که در آن تصرف می‌کند) حق شفعه ندارد.
 - ۳- در اموال منقول مانند درختان، شفعه تابع زمین است؛ به صورت مستقل در درختان شفعه صحیح نیست.
 - ۴- شفعه فقط بعد از بیع بات (بیعه قطعی) صحیح می‌گردد؛ اگر بیع موقوفه فاسده و یا بیع خیار شرط (بیع بشرط الخیار) باشد، شفعه در آن صحیح نمی‌گردد.
 - ۵- هبه به شرط عوض در حکم بیع است؛ پس به همین اساس اگر کسی چنین هبه‌ای نماید، همسایه اش حق شفعه دارد؛ و اگر هبه به شرط عوض نباشد، شفعه صحیح نمی‌گردد.
 - ۶- در زمینی که شخص بدون بدل مالک آن شود، مانند میراث، وصیت و هبه بلاعوض، در این نوع زمین‌ها شفعه صحیح نمی‌باشد.
 - ۷- هنگام فروش زمین یا خانه، شفیع باید صراحتاً یا داللتاً راضی نه باشد، اگر راضی باشد دیگر حق شفعه ندارد.
 - ۸- عوض زمین باید مال معلوم باشد؛ اگر زمینی به چنان چیزی فروخته شود، که مال نباشد، شفعه در آن صحیح نمی‌گردد، مانند: زمینی که در بدل اجر اجری حمام فروخته شود. یا به عنوان مهر به زن داده شود.
 - ۹- مبیعه باید از ملک بایع و فروشنده خارج شده باشد؛ به همین دلیل در بیع فاسد و در صورتی که خیار شرط برای بایع باشد، شفعه صحیح نمی‌گردد.

۱ - فسیب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع، والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار، وإن شئت قلت أحد الشيعين الشركة والجوار، ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند أصحابنا بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۵ / ۴).

- (وَسَبَبُهَا إِتِّصَالَ مَلِكِ الشَّفِيعِ بِالمُشْتَرَى بِشَرِكَةٍ أَوْ جَوَارٍ. الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (۶ / ۲۱۷).

- وأما سبب الشفعة فشيء واحد: وهو اتصال ملك العقار عند البيع؛ إما بالشركة، أو بالجوار. النهائية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) حسين بن علي السغناقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۱.

- ثُمَّ إِنَّ سَبَبَ الشُّفْعَةِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَائِخِ إِتِّصَالَ مَلِكِ الشَّفِيعِ بِمَلِكِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِذَا تَجَبَّ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ عَنِ الأَصْلِ، وَهُوَ ضَرَرُ سَوْءِ المَعَامَلَةِ وَالمَعاشِرَةِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ هَذَا الضَّرَرُ عِنْدَ إِتِّصَالِ مَلِكِ الشَّفِيعِ بِمَلِكِ البَيْعِ. فتح القدير و تكملته للقاضي زاده على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي. ج ۹، ص ۳۶۹.

- (أما الأول فسيب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع، والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار، وإن شئت قلت أحد الشيعين الشركة والجوار، ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند أصحابنا - رضي الله عنهم. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۵، ص ۴.

- (وأما الذي يخص حالة الاجتماع فهو أن أسباب استحقاق الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى، فالأقوى فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار لما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره» بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۵ / ۸).

- وَأَمَّا التَّرْتِيبُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ» فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ المَبِيعِ وَالخَلِيطُ فِي حُقُوقِ المَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ. العناية شرح الهداية (۳۷۵ / ۹).

- مراتب الشفعة - وذكر في «الذخيرة»: «وهذا الذي ذكره في عاثة الكتب بأن الشفعة عندنا تُستحق على ثلاث مراتب: أولاً: تُستحق بالشركة في عين البقعة، ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم تُستحق بالجوار. وصورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل، فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم فاهل السكة أحق، فإن سلموا فالجار المُلصق أحق، وهو الذي على ظهر هذا المنزل، وباب داره في سكة أخرى. النهائية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) حسين بن علي السغناقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۶.

۱۰ - زمین یا خانه‌ای که بین شرکا تقسیم می‌شود، شفعه برای همسایه صحیح نیست؛ زیرا در آنجا به سبب شراکت، شفعه مقدم بر شفعه همسایه است. (۱)

مطلب دهم: سقوط شفعه:

اسباب سقوط شفعه بر دو نوع است:

اختیاری: شامل دو حالت است: (۱) صراحتاً: شفیع صراحتاً بگوید که حق شفعه را ساقط یا باطل کردم. (۲) دلالتاً: انجام کاری که نشان‌دهنده رضایت باشد؛ مانند سکوت و عدم مطالبه فوری پس از اطلاع از معامله، یا مشغول شدن به کاری دیگر.

ضروری: مانند مرگ شفیع پس از طلب شفعه و پیش از تملک آن، که طبق مذهب حنفی باعث بطلان حق شفعه می‌شود. (۳)

مطلب یازدهم: برخی از احکام شفعه:

۱ - الفصل الثانی: فی بیان شرائط الشفعة

(مادة ۱۰۱۷) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَشْفُوعُ مِلْكًا عَقَارِيًّا. بِنَاءً عَلَيْهِ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الشَّفِينَةِ وَسَائِرِ الْمُنْقُولَاتِ وَعَقَارِ الْوَقْفِ وَالْأَرْضِي الْأَمِيرِيَّةِ.

(مادة ۱۰۱۸) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَشْفُوعُ بِهٖ مِلْكًا أَيْضًا، بِنَاءً عَلَيْهِ لَوْ بَاعَ مَلِكٌ عَقَارِيًّا لَا يَكُونُ مُتَوَيِّعًا عَقَارَ الْوَقْفِ الَّذِي فِي اتِّصَالِهِ أَوْ مُتَصَرِّفِهِ شَفِيعًا.

(مادة ۱۰۲۰) لَوْ بَاعَتْ الْعُرْضَةَ الْمَمْلُوكَةَ مَعَ مَا عَلَيْهَا مِنْ الْأَشْجَارِ وَالْأَبْيَةِ تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الْأَشْجَارِ وَالْأَبْيَةِ أَيْضًا تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، وَأَمَّا إِذَا بَاعَتْ الْأَشْجَارَ وَالْأَبْيَةَ فَقَطُّ فَلَا تَجْرِي فِيهَا الشُّفْعَةُ.

(مادة ۱۰۲۱) الشُّفْعَةُ لَا تُثْبِتُ إِلَّا بِعَقْدِ الْبَيْعِ الْبَاتِ الصَّحِيحِ.

(مادة ۱۰۲۲) الْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ. بِنَاءً عَلَيْهِ لَوْ ذَهَبَ وَسَلَّمْ أَحَدٌ دَارَهُ الْمَمْلُوكَةَ لِآخَرَ بِشَرْطِ عَوَضٍ يَكُونُ جَارُهُ الْمُلَاصِقُ شَفِيعًا.

(مادة ۱۰۲۳) لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الْعَقَارِ الَّذِي مَلَكَ لِآخَرَ بِلا بَدَلٍ كَتَمَلُّكَ أَحَدٍ عَقَارًا بِلا شَرْطِ عَوَضٍ أَوْ مِيرَاثٍ ، أَوْ بَوْصِيَّةٍ.

(مادة ۱۰۲۴) يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ لِلشَّفِيعِ رِضَى فِي عَقْدِ الْبَيْعِ الْوَاقِعِ صِرَاحًا أَوْ دَلَالَةً مَثَلًا إِذَا سَمِعَ عَقْدَ الْبَيْعِ وَقَالَ هُوَ مُنَاسِبٌ يَسْقُطُ حَقُّ شَفْعَتِهِ وَلَيْسَ لَهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَوْ يَسْتَأْجِرَ الْعَقَارَ الْمَشْفُوعَ مِنَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ سَمَاعِهِ بِعَقْدِ الْبَيْعِ يَسْقُطُ حَقُّ شَفْعَتِهِ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ وَكَيْلًا لِلْبَائِعِ فَلَيْسَ لَهُ حَقُّ شَفْعَتِهِ فِي الْعَقَارِ الَّذِي بَاعَهُ.

(مادة ۱۰۲۵) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْبَدَلُ مَالًا مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ ، بِنَاءً عَلَيْهِ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الْعَقَارِ الَّذِي مَلَكَ بِالْبَدَلِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مَالٍ. مَثَلًا لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الدَّارِ الَّتِي مَلَكَتْ بِدَلِّ أَجْرَةِ الْحَتَمِ ؛ لِأَنَّ بَدَلَ الدَّارِ هُنَا لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا هُوَ الْأَجْرَةُ الَّتِي هِيَ مِنْ قِبَلِ الْمَنَافِعِ. كَذَلِكَ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الْمَلِكِ الْعَقَارِيِّ الَّذِي مَلَكَ بِدَلِّ عَنْ الْمَهْرِ.

(مادة ۱۰۲۶) يُشْتَرَطُ أَنْ يُزُولَ مَلِكُ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ. بِنَاءً عَلَيْهِ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ اسْتِزْدَادِ الْبَائِعِ وَإِنَّمَا فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِنْ كَانَ الْمُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فَتَجْرِي الشُّفْعَةُ وَإِنْ كَانَ الْمُخَيَّرُ الْبَائِعَ فَلَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ مَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ خِيَارِهِ. وَأَمَّا خِيَارُ الْعَبْدِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ فَلَيْسَا بِمَنْعَيْنِ لِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ.

(مادة ۱۰۲۷) لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي تَقْسِيمِ الْعَقَارِ فَلَوْ أَقْسِمَتْ دَارٌ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الْمُشْتَرِكِينَ فَلَا يَكُونُ الْجَزْءُ الْمُلَاصِقُ شَفِيعًا. جملة الأحكام العدلية (ص: ۱۹۷-۱۹۸).

- ومن شرطها أن يكون العقد عقد معاوضة عين المال بالمال، فإنما لا تجب إلا عند عقد البيع، أو ما هو في معناه من الصلح والهبة بشرط العوض إذا وجد قبض البدلين، وأما إذا قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عندنا. النهاية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) لحسين بن علي السعفاقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۴.

- زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسدا؛ لأن للبائع حق النقص والرد إلى ملكه ردا للفاسد. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۵، ص ۱۳.

- وأما شرطها [المخصوص بها]: فهو أن يكون الخلع عقاراً -سفلأكان أو علواً- يتمثل القسمة؛ كالدار والبيت، أو لا يتمثل كالحمام والبئر، والحال شروط، فكذا صفاته؛ فإن الشفعة لا تجب في المنقولات مقصوداً، وإنما تجب تبعاً للعقار، وأن يطلب الشفيع شفعته على وجه المواتية والإسراع، وذلك طلبه عند فور علمه بالشري، وأنه طلب الشفعة كما علم بالشري يثبت حقه، وإن لم يطلب هنيئاً وسكت بطلت شفعته على ما يجيء. النهاية في شرح الهداية (شرح بداية المبتدي) لحسين بن علي السعفاقي الحنفي. ج ۲۲، ص ۴.

- (ومنها) أن يكون المبيع عقاراً وما هو بمعناه فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء - رضي الله عنهم - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۵، ص ۱۲.

۲ - وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول - وبالله التوفيق - ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان: اختياري وضروري؛ والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح

دلالة؛ أما الأول فنحو أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك؛ لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطاً كالإبراء عن الدين

والعفو عن القصاص ونحو ذلك؛ سواء علم الشفيع بالبائع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع... بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصریح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً؛

وذلك نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين...

وأما الضروري فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة فيبطل شفعته، وهذا عندنا، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۵/ ۱۹ - ۲۲).

شفیع در همه حقوق و وجایب در مقابل فروشنده مانند خریدار است؛ زمین در حق شفیع مبیعه جدید است، مساوی به این است، چه شفعه از طریق حکم قاضی به دست آمده باشد یا با رضایت فروشنده؛ بر این اساس، شفیع حق اختیار عیب و حق اختیار رویت دارد.^(۱)

اگر خریدار پیش از اطلاع شفیع، در زمین مشفوعه زیادتی (آبادی) نماید، شفیع اختیار دارد که یا زمین را ترک کند و یا زمین را همراه با پرداخت قیمت آن آبادی تصاحب کند. (۲)

شفعه قابل تقسیم نیست؛ شفیع نمی‌تواند خریدار را مجبور کند که بخشی از زمین مشفوعه را خریداری کند و بخش دیگری را رها نماید.^(۳)

۱ - الأخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث يملك بمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب. البناية شرح الهداية (۳۲۰ / ۱۱)

إذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشتري أو لم يكن. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (۲۴۷ / ۵).

۲ - فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع، وهذا؛ لأن ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع؛ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (۲۵۰ / ۵).

۳ - وإذا اشترى الرجل داراً فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلماً لجميعها أما إذا سلم الكل فلأنه أسقط الحق بعد الوجوب وأما إذا سلم النصف فلأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاءً، فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً وما لا يتجزأ فذكر بعينه كذكر كلبه. المبسوط للسرخسي (۱۱۱ / ۱۴).

بحث دوم

تعریف، رکن، انواع، اصطلاحات، حکم، حکمت، دلایل مشروعیت و شرایط کفالت:

به صورت عام نیاز به کفالت پس از بیع اتفاق می‌افتد؛ زیرا وقتی فروشنده از خریدار مطمئن نگردد، نیاز به چنین شخص احساس می‌شود، که از جانب خریدار کفیل ثمن (پول) باشد. و وقتی خریدار از سوی فروشنده مطمئن نگردد، پس احساس نیاز به شخصی می‌شود، که از جانب فروشنده کفیل مبیعه باشد. از اینکه به صورت عام نیاز به کفالت پس از بیع ایجاد می‌گردد، لهذا اکثر فقها کتاب الكفالة را پس از باب‌های بیوع ذکر نموده‌اند. (۱)

مطلب اول: تعریف و رکن کفالت:

۱- تعریف کفالت: کفالت در لغت به معنی ضم و یکجا شدن را گویند.

و در اصطلاح فقها: ضمانت کردن مال لازم (ثابت) یا ضمانت کردن شخص او، به گونه‌ای که درخواست کننده بتواند آن را از اصیل و کفیل هر دو مطالبه کند، کفالت نامیده می‌شود.

به زبان ساده: مسئولیت پرداخت مقدار مالی و ذمه داری یا ضمانت حاضر نمودن شخصی را در زمان مقرر، کفالت گویند. (۲)

۲- رکن کفالت:

رکن کفالت ایجاب و قبول است؛ بدون ایجاب و قبول، کفالت ثابت نمی‌شود. البته ایجاب از جانب کفیل و قبول از جانب صاحب دین است. (۳)

مطلب دوم: انواع کفالت:

۱- انواع کفالت:

کفالت به دو نوع است: ۱- ضمانت کردن سر یک شخص، که به آن کفالت بالنفس گفته می‌شود. ۲- ضمانت کردن مال یک شخص، که به آن کفالت بالمال گفته می‌شود. (۴)

۲- برخی اصطلاحات مرتبط با کفالت:

۱- أوردَهَا عَقِبَ الْبُيُوعِ؛ لَأَنَّهَا غَالِبًا يَكُونُ تَحَقُّقُهَا فِي الْوُجُودِ عَقِبَ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَطْمَئِنُّ الْبَائِعُ إِلَى الْمَشْتَرِي فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ بِالثَّمَنِ، أَوْ لَا يَطْمَئِنُّ الْمَشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فِي الْمَبِيعِ وَذَلِكَ فِي السَّلْمِ، فَلَمَّا كَانَ تَحَقُّقُهَا فِي الْوُجُودِ غَالِبًا بَعْدَهَا أُوْرَدَهَا فِي التَّعْلِيمِ بَعْدَهَا. حاشية رد المختار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين، الشهير بابن عابدین، ج ۵، ص ۲۸۱. و قال صاحب البناية وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة؛ لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهى، فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة. البناية شرح الهداية لمحمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ «بدر الدين العيني» الحنفى، ج ۸، ص ۴۱۹.

۲ - الكفالة: هي الضم لغة، قال الله تعالى: {وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا} [آل عمران: ۳۷] ثم قيل: هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح. - (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي - عليه الصلاة والسلام - «الزعيم غارم» أي الكفيل ضامن. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۲/۶).

- قال: «الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بما إحضار المكفول به» وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه، وقد أمكن تحقق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۸۷).

۳ - (أما) الركن فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۲/۶).

۴ - (وهي) الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس، و) كفالة (بالمال) بخلاف الشافعي في الكفالة بالنفس، إذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس في قول لأنه غير قادر على تسليم المكفول له حيث لا يتقأذ له بل يتابعه، ويُدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه، ولنا قوله - عليه الصلاة والسلام - «الزعيم غارم». مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۱۲۴).

- (ثم الكفالة نوعان) كفالة بالنفس وكفالة بالمال.... وأن الكفيل يجبس إذا لم يسلم نفس المطلوب إلى خصمه وأن تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل لأنه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه إلى صاحبه. المبسوط للسرخسي، ج ۱۹، ص ۱۶۲.

۱- کفیل: شخصی است که ضامن مال یا از جان شخص دیگری می شود.

۲- مکفول له: به صاحب حق گفته می شود.

۳- مکفول به: چیزی که کفالت آن شده باشد؛ یعنی مالی که کفیل به آن تعهد نموده باشد، از مکفول عنه پرداخت کند و یا مکفول، شخص را حاضر نماید.

۴- مکفول عنه: مدیون اصلی که به نام اصیل نیز یاد می شود.

۵- محل کفالت: محل کفالت یا شخص است یا مال. (۱)

یادداشت: در کفالت بالنفس، مکفول به و مکفول عنه هر دو یکی اند، و در کفالت بالمال، مکفول عنه از کسی که کفالت شده باشد و شخص مدیون است، و مکفول به همان چیزی که کفالت شده باشد، که مال است.. (۲)

مطلب سوم: حکم، حکمت و دلایل مشروعیت کفالت:

۱- حکم کفالت:

کفالت دو حکم دارد: حکم اول این است که مطالبه بدهی مدیون اصلی (اصیل) از کفیل جایز و مشروع می گردد؛ یعنی بدهی را می تواند به عوض اصیل، از کفیل مطالبه نمود.

آنچه از کفیل مطالبه می شود، نظر به موضوع کفالت فرق می نماید.

اگر کفالت مربوط به قرض باشد، پس کفیل مسئول پرداخت تمام قرض اصیل می باشد، البته اگر کفیل تنها باشد. و اگر کفیل دو نفر باشند، مثلاً بدهی ۱۰۰۰ افغانی باشد، از هر یک ۵۰۰ افغانی مطالبه می شود.

این در آن صورت است که هر یک فقط به خاطر ضمانت خود کفیل باشند و نه از طرف دیگری.

زیرا هر دو در ضمانت برابرند، و مکفول به (یعنی بدهی) مالی است که قابل تقسیم است، بنابراین حق مطالبه نیز بالای هر دو به طور مساوی تقسیم می گردد.

۱ - (المادة ۶۱۹) الْمُكَفُولُ لَهُ هُوَ الطَّالِبُ وَالذَّائِنُ فِي خُصُوصِ الْكِفَالَةِ. الْمُكَفُولُ لَهُ وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى مَنْ تَعَوَّذَ عَلَيْهِ مِنْفَعَةُ الْكِفَالَةِ هُوَ الطَّالِبُ أَيْ طَالِبُ الْحَقِّ وَالذَّائِنُ فِي خُصُوصِ الْكِفَالَةِ يُقَالُ لِلْمُكَفُولِ لَهُ (طَالِبٌ). درر الحکام فی شرح مجله الأحکام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي. ج ۱، ص ۷۳۶.

وَيُجْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ أَسْمَاءِ أَرْبَعَةِ الْمُكَفُولِ عَنْهُ وَهُوَ الْمَذْيُونُ وَالْمُكَفُولُ لَهُ وَهُوَ الذَّائِنُ وَالْكَفِيلُ وَهُوَ الْمُتَرْتِمُ وَالْمُكَفُولُ بِهِ وَهُوَ الذَّائِنُ وَيُقَالُ لِلْمُكَفُولِ بِنَفْسِهِ مُكَفُولٌ بِهِ وَلَا يُقَالُ مُكَفُولٌ عَنْهُ، كَذَا فِي التَّنَاوُضِيَّةِ... قَوْلُهُ: وَالْكَفِيلُ وَهُوَ الْمُتَرْتِمُ) قَالَ الرَّمْلِيُّ وَسَمِيَ الْمُتَرْتِمُ لِذَلِكَ صَانِعًا وَصَوْبًا وَحِمْلًا وَرَعِيمًا وَكَافِلًا وَكَفِيلًا وَصَبِيرًا وَقَبِيلًا قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ عَزَّ أَنْ الْعُرْفُ جَارٍ بِأَنَّ الضَّمِينَ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْأَمْوَالِ وَالْحَمِيلِ فِي الْبَيَاتِ وَالرَّعِيمِ فِي الْأَمْوَالِ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري. ج ۶، ص ۲۲۴-۲۲۵.

- وَيُقَالُ لِذَلِكَ الْآخِرِ الْأَصِيلِ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ... وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ الَّذِي يُطَلَّبُ مِنْهُ الْحَقُّ أَيْ الْمَطْلُوبُ. من المادة ۶۱۸ و ۶۲۰. درر الحکام فی شرح مجله الأحکام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي. ج ۱، ص ۷۳۷-۷۳۶.

(المادة ۶۲۰) الْمُكَفُولُ بِهِ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي تَعَهَّدَ الْكَفِيلُ بِإِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ الْمُكَفُولِ عَنْهُ وَالْمُكَفُولُ بِهِ سِوَاءَ الْمُكَفُولِ بِهِ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي تَعَهَّدَ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْكَفَالَةِ بِالتَّسْلِيمِ. وَأَدَائِهِ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ أَيْ كَالْكَفَالَةِ بِالْعَيْنِ وَبِالذَّائِنِ (التَّوْبِرُ، وَالدُّرُّ الْمُخْتَارُ). وَعَلَى ذَلِكَ فَذَلِكَ الشَّيْءُ يُدْعَى فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ مُكَفُولًا بِهِ وَمُكَفُولًا عَنْهُ أَيْضًا لَكِنْ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ فَالْمُكَفُولُ بِهِ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ كَأَنَّ مِنْهُمَا مُنْفَصِلٌ عَنِ الْآخِرِ فَالْمُكَفُولُ بِهِ هُوَ الْمَالُ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ الَّذِي يُطَلَّبُ مِنْهُ الْحَقُّ أَيْ الْمَطْلُوبُ وَالْمُكَفُولُ بِهِ فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنْ كِفَالَةِ الدَّرَكِ مِمَّنْ السَّبْعِ وَفِي الْقِسْمِ الثَّانِي الْمَالُ وَالْمُكَفُولُ هُوَ الْمُشْتَرِي وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ هُوَ الْبَائِعُ أَيْضًا. وَهَذَا التَّعْرِيفُ يَعْمُ أَوْ يَشْمَلُ الْمُكَفُولُ بِهِ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ وَالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْكَفَالَةَ بِالتَّسْلِيمِ لِأَنَّ الشَّيْءَ الَّذِي يُتَعَهَّدُ بِتَسْلِيمِهِ فِي الْكِفَالَةِ الْمَذْكُورَةِ الْعَيْنُ. درر الحکام فی شرح مجله الأحکام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي. ج ۱، ص ۷۳۷.

۲ - (المادة ۶۱۲) الْكِفَالَةُ صَمٌّ ذِمَّةٌ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالِبَةِ بِشَيْءٍ يَعْنِي أَنْ يَضْمَّ أَحَدٌ ذِمَّةَ آخَرَ وَيَلْتَزِمَ أَيْضًا الْمَطَالِبَةَ الَّتِي لَرَمَتْ فِي حَقِّ ذَلِكَ. مجله الأحکام العدلية (ص: ۱۱۵).

(المادة ۶۱۸) الْكَفِيلُ هُوَ الَّذِي صَمَّ ذِمَّتَهُ إِلَى ذِمَّةِ الْآخِرِ أَيْ الَّذِي تَعَهَّدَ بِمَا تَعَهَّدَ بِهِ الْآخِرُ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الْآخِرِ الْأَصِيلِ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ.

(المادة ۶۱۹) الْمُكَفُولُ لَهُ هُوَ الطَّالِبُ وَالذَّائِنُ فِي خُصُوصِ الْكِفَالَةِ.

(المادة ۶۲۰) الْمُكَفُولُ بِهِ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي تَعَهَّدَ الْكَفِيلُ بِإِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ الْمُكَفُولِ عَنْهُ وَالْمُكَفُولُ بِهِ سِوَاءَ.

- (المادة ۶۱۸) الْكَفِيلُ هُوَ الَّذِي صَمَّ ذِمَّتَهُ إِلَى ذِمَّةِ الْآخِرِ أَيْ الَّذِي تَعَهَّدَ بِمَا تَعَهَّدَ بِهِ الْآخِرُ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الْآخِرِ الْأَصِيلِ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ. أَيْ أَنَّ الْكَفِيلَ هُوَ الَّذِي صَمَّ ذِمَّتَهُ إِلَى ذِمَّةِ الْآخِرِ أَيْ الَّذِي تَعَهَّدَ بِمَا تَعَهَّدَ بِهِ الْآخِرُ أَيْ الْمُكَفُولُ بِهِ وَيَكُونُ مُطَالِبًا بِهِ أَيْضًا وَيُقَالُ لِذَلِكَ الْآخِرِ الْأَصِيلِ وَالْمُكَفُولُ عَنْهُ أَيْضًا. (الدُّرُّ) وَلَكِنْ فِي الْكِفَالَةِ بِالذَّائِنِ فَرَقَ بَيْنَ تَعَهُّدِ الْكَفِيلِ وَتَعَهُّدِ الْأَصِيلِ لِأَنَّ مَا يَتَعَهَّدُ بِهِ الْكَفِيلُ مُجَرَّدُ الْمَطَالِبَةِ فَقَطْ وَمَا يَتَعَهَّدُ بِهِ الْأَصِيلِ الْمَطَالِبَةُ مَعَ الذَّائِنِ. درر الحکام فی شرح مجله الأحکام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي. ج ۱، ص ۷۳۶.

اگر یکی از این دو کفیل تمام قرض را پرداخت کند، پس این پرداخت به دلیل ضمانت خودش است، نه به جای کفیل دیگر، بنابراین حق ندارد پول را از کفیل دیگر دوباره اخذ نماید، اما می‌تواند از مدیون اصلی (اصیل) مبلغ پرداخت شده را دو باره مطالبه نماید. (۱)

و اگر کفالت برای مال (عین) باشد، پس درخواست از کفیل این است که اگر مال (عین) باقی باشد، همان مال تحویل داده شود؛ و اگر آن مال از بین رفته باشد، کفیل باید مثل (بدیل) یا قیمت آن را بپردازد. (۲)

حکم دوم کفالت این است: وقتی کفالت با رضایت و درخواست مدیون اصلی (اصیل) شده باشد، پس کفیل این حق را تصاحب می‌گردد که از اصیل مطالبه نماید. این حکم در همه انواع کفالت صدق می‌نماید.

مثال، اگر کفالت به خاطر بدهی باشد، پس وقتی مطالبه بدهی از کفیل شود، کفیل می‌تواند آزادی از مسئولیت خود را از اصیل (مکفول عنه) تقاضا نماید.

و اگر کفیل به دلیل همین موضوع زندانی شود، پس از اصیل هم درخواست گردد که زندانی شود، زیرا همین اصیل است که کفیل خود را تحت این مسئولیت قرار داده است، بناً این مسئولیت اصیل است که کفیل را از مشکل خلاص نماید (۳)

۲- حکمت کفالت: از جمله حکمت‌های مشروع بودن کفالت، حفاظت از حقوق، همکاری میان مردم، ایجاد سهولت در پرداخت قرض‌ها و سایر معاملات مالی است، تا صاحب حق در گرفتن قرض یا در دادن مالی به دیگران اطمینان داشته باشد. همچنان برای آن است که مشکلات و سختی‌ها از میان مردم برطرف گردد و آنان بتوانند با اطمینان قلبی با یکدیگر معاملات انجام دهند. همه این امور از جمله حکمت‌های جواز ضمان و کفالت به شمار می‌روند. (۴).

۳- دلایل مشروعیت کفالت:

کفالت در اسلام عملی روا و مشروع است که به وسیله قرآن کریم، سنت نبوی و اجماع امت ثابت شده است.

اللّٰهُ ﷻ فرموده است: **قَالُوا لَنْ نَقْدُ صَوْمًا لَكَ وَلَٰئِنْ جَاءَ بِهٖ حِثْلٌ بَعْدَ رَدَائِكُمْ لَرٰعِيْمٌ**. (۵)

ترجمه: گفتند: نه می‌یابیم پیمانۀ پادشاه را، و کسی که بیاوردش، یک بار شتر باشد، و من بر این وعده ضامنم.^۶

۱- رسول الله ﷺ فرمودند:

۱- واما بیان حکم الكفالة. فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لأن الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل إن كان واحدا يطالب بكل الدين وإن كان به كفيلا والدين ألف يطالب كل واحد منهما بمسماة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۶، ص ۱۰.

۲- ويطلب الكفيل بالعين بتسليم عينها إن كانت قائمة ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ويطلب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بمما. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۶، ص ۱۰.

۳- والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوب به. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ج ۶، ص ۱۱.

۴- و حکمة تشریعیها: توثیق الحقوق وتحقیق التعاون بین الناس وتیسیر معاملاتهم فی إقراض الديون والأموال وإعارة الأعیان، لیطمئن صاحب الحق فی الدين أو العين المعارة للوصول إلى حقه ورعاية مصالحه، ودفع الحرج عن الناس. الفقه الإسلامي وأدلته، ج ۶، ص ۴۱۴۳.

۵- سورة يوسف الآية ۷۲.

۶- تفسیر کابلی جلد ۲ ص ۲۴۶ سورة يوسف آية ۷۲.

عَنْ سَلْمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟» قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةِ أُخْرَى، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟» قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: «صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ» قَالَ: أَبُو قَتَادَةَ عَلَيَّ دَيْنُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ. (۱)

ترجمه: از سلمه بن الاكوع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ روایت است که جنازه‌ای را نزد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آوردند تا بر آن نماز بخواند. رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: آیا بر او قرض است؟ صحابه کرام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ گفتند: نه، او قرض ندارد. پس رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بر جنازه او نماز خواند. پس از آن، جنازه دیگری آورده شد. رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: آیا بر او قرض است؟ صحابه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ گفتند: بلی، او قرض دارد. رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: شما بر جنازه رفیق خود نماز بخوانید. ابوقتاده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ گفت: قرض او بر عهده من است. پس رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بر آن جنازه نماز خواند.

۲- رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمودند:

عن أبي أمامة، قال: سمعت رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يقول: «إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ...» الحديث، وفي آخره: «والزعيم غارم». (۲).

ترجمه: از ابو امامه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ روایت است که گفت: از رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شنیدم که می‌فرمود: الله تعالی حق هر صاحب حقی را به او داده است. در پایان حدیث آمده است: کسی که کفالت کند، ضامن است.

این حدیث بر مشروعیت هر دو نوع کفالت دلالت می‌کند. (۳)

اجماع امت: همه مسلمانان بر این موضوع اتفاق دارند که کفالت (ضمانت) جایز است؛ زیرا مردم به آن نیاز دارند، و این وسیله‌ای است برای جلوگیری از زیان و ضرر بدهکار (مدیون). (۴)

مطلب چهارم: شرایط کفالت:

شرایط کفالت برخی مربوط به کفیل، برخی مربوط به مکفول‌عنه، برخی مربوط به مکفول‌له و برخی دیگر مربوط به مکفول‌به می‌باشند:

۱- شرایط مربوط به کفیل:

شرایط مربوط به کفیل شامل دو مورد است:

شرط اول: اهلیت (عقل و بلوغ) است؛ کفالت مجنون و کودک منعقد نمی‌شود.

شرط دوم: حریت (کفیل باید شخص آزاد باشد)، زیرا کفالت غلام صحیح نیست، چون این عمل نوعی تبرع است و برده صلاحیت تبرع را ندارد.

۲- شرایط مربوط به مکفول‌عنه یا اصیل:

شرایط مکفول‌عنه شامل دو مورد است:

شرط اول: کفیل باید قادر به تسلیم مکفول‌عنه یا نایب او باشد، بنابراین کفالت دین شخص مفلس‌مرده، به نظر امام صاحب، صحیح نیست.

۱ - صحیح البخاری (۳/ ۹۶) رقم الحدیث: ۲۲۹۵.

۲- أخرجه أبو داود (۳۵۶۵) أخرجه الترمذی (۲۱۲۰)، وأحمد (۲۲۲۹۴) باختلاف يسير، وابن ماجه (۲۰۰۷، ۲۲۹۵، ۲۳۹۸، ۲۴۰۵) مفرقاً باختلاف يسير.

۳ - ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: "الزعيم غارم" وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۸۷).

- وَأَمَّا الْكِفَالَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف: ۷۲] وَمَا ثَبَتَ فِي شَرِيْعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا فَهِيَ ثَابِتٌ فِي شَرِيْعَتِنَا مَا لَمْ يَطْهَرْ نَسْخُهُ وَالطَّاهِرُ هُنَا التَّفْرِيرُ فَإِنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بُعِثَ وَالنَّاسُ يُكْفَلُونَ فَأَقْرَهُمْ عَلَيَّ ذَلِكَ وَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الزَّعِيمُ غَارِمٌ». الميسوط للسرخسي (۱۹/ ۱۶۱).

۴ - مشروعية الكفالة: الكفالة في الجملة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. الفقه الإسلامي وأدلته، ج ۶، ص ۴۱۴۲.

شرط دوم: مکفول عنه یا اصیل باید معلوم باشد؛ چنین بگوید: کفالت دین فلان شخص را می‌کنم. پس اگر بگوید: کفالت دین یکی از مردم را می‌کنم، این کفالت صحیح نیست.

۳- شرایط مربوط به مکفول له:

شرایط مکفول له نیز شامل دو مورد است:

شرط اول: مکفول له باید معلوم باشد؛ چنین کفالتی صحیح نیست، که بگوید برای یک شخص کفالت می‌کنم.
شرط دوم: مکفول له یا نایب او باید در مجلس حضور داشته باشد، و اگر در مجلس نباشد و کسی از طرف او کفالت کند، سپس به او خبر برسد و اجازه دهد، این کفالت نیز صحیح نیست.

۴- شرایط مربوط به مکفول به:

شرایط مکفول به نیز شامل دو مورد است:

شرط اول: این مکفول به (قرض، عین، نفس و یا فعل باشد) بر ذمه اصیل و مکفول عنه لازم و او ضامن آن باشد؛ پس کفالت و ضمانت چنین چیزی که برعهده اصیل لازم نیست، صحیح نمی‌باشد.
شرط دوم: حصول مکفول به از طرف کفیل باید ممکن باشد؛ بنابراین، کفالت در حدود صحیح نیست، زیرا حصول و استیفاء آن از کفیل امکان‌پذیر نمی‌باشد. (۱).

۱ - وأما شرائط الكفالة.

فأنواع بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الأصيل وبعضها يرجع إلى المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ. (أما) . الذي يرجع إلى الكفيل.

فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وأما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تتعد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تتعد ممن ليس من أهل التبرع. (ومنها) الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه.

(وأما) الذي يرجع إلى الأصيل.

فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح.

(وجه) قول أبي حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على إنسان بدين ولا دين عليه وإذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه...

والثاني أن يكون معلوما بأن كفل ما على فلان فأما إذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لأن المضمون عليه مجهول.

(وأما) الذي يرجع إلى المكفول له.

فأنواع (منها) أن يكون معلوما حتى أنه إذا كفل لأحد من الناس لا تجوز لأن المكفول له إذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق.

(ومنها) أن يكون في مجلس العقد وأنه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى أن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فجاز لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر.

(وأما) الذي يرجع إلى المكفول به.

فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل سواء كان ديناً أو عينا أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها.

والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستیفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستیفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۵ - ۸).

– (المادة ۶۲۸) يُشْتَرَطُ فِي انْعِقَادِ الْكِفَالَةِ كَوْنُ الْكَفِيلِ عَاقِلًا وَبَالِغًا فَلَا تَصَحُّ كِفَالَةُ الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتَوَةِ وَالصَّبِيِّ وَلَوْ كَفَلَ خَالَ صِبَاهُ لَا يُؤَاخَذُ وَإِنْ أَقْرَبَ بَعْدَ الْبُلُوغِ بَعْدَهُ الْكِفَالَةَ.

(المادة ۶۳۰) إِنْ كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسًا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَإِنْ كَانَ مَالًا لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا فَلَوْ قَالَ أَنَا كَفِيلٌ بِدَيْنِ فُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ تَصَحُّ الْكِفَالَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَقْدَارُهُ مَعْلُومًا.

(المادة ۶۳۱) يُشْتَرَطُ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَضْمُونًا عَلَى الْأَصِيلِ يَعْني أَنَّ إِيفَاءَهُ يَلْزَمُ الْأَصِيلَ فَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِمَنْ مِيسَعٍ وَبَدَلِ الْإِحَارَةِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ الصَّحِيحَةِ كَذَلِكَ تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِالْمَالِ الْمَغْضُوبِ وَعِنْدَ الْمُطَالِبَةِ يَكُونُ الْكَفِيلُ مَجْبُورًا عَلَى إِيفَائِهِ عَيْنًا أَوْ بَدَلًا.

(المادة ۶۳۲) لَا تَجْرِي النِّيَابَةُ فِي الْعُقُوبَاتِ فَلَا تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِالْقَصَاصِ وَسَائِرِ الْعُقُوبَاتِ وَالْمَجَازَةِ الشَّخْصِيَّةِ وَلَكِنْ تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِالْأَرْضِ وَالذَّبِيَّةِ اللَّذِينَ يَلْزَمَانِ الْجَارِحَ وَالْقَاتِلَ.

(المادة ۶۳۳) لَا يُشْتَرَطُ سِوَا الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ عَنِ الْمُفْلِسِ أَيْضًا. مجلة الأحكام العدلية (ص: ۱۱۷ - ۱۱۸).

مبحث سوم:

تعریف، اصطلاحات، دلایل مشروعیت، حکم، رکن، انواع و شرایط حواله

مطلب اول: تعریف حواله و اصطلاحات آن

۱- تعریف لغوی حواله:

در لغت، کلمه الحواله از ریشه (تَحَوَّل) گرفته شده است، که به معنای تبدیل کردن، انتقال دادن یا تغییر دادن می باشد. (۱)

۲- تعریف اصطلاحی حواله:

در اصطلاح فقها: به انتقال دادن درخواست از ذمه قرض دار به ذمه گیرنده "حواله" می گویند. (۲)

۳- برخی اصطلاحات حواله:

محیل: به شخصی گفته می شود که بدهکار باشد.

محال یا محال له: به کسی گفته می شود که صاحب حق (طلبکار) باشد. : طلبکار که به او محال نیز می گویند.

محال علیه: شخصی است که پرداخت دین (قرض) شخصی دیگر را خود قبول کرده باشد.

محال به: به آن قرضی گفته می شود که به شخص دیگری حواله شده باشد. (۳)

مطلب دوم: حکم حواله، ارکان، انواع و دلایل مشروعیت آن:

الف: حکم حواله:

۱- براءت ذمه حواله دهنده (محیل): زمانیکه که حواله با پذیرش طرف مقابل (محال علیه) تکمیل گردید، حواله دهنده براءت حاصل نموده و از دین رها می شود.

۲- ثابت شدن حق مطالبه صاحب حق (محال)، به شخصی می باشد، که به او حواله داده شده است (محال علیه).

۳- ثابت شدن حق مطالبه محال علیه بالای محیل (حواله دهنده). (۴)

۱- (وَالْحَوَالَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ التَّحَوُّلِ) وَمِنْهُ الْحَوَالَةُ فِي الْعَرَسِ بِالتَّقْلِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَمَوْجِبُهُ تَحَوُّلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّعِ بِهِ. وَالدَّلِيلُ عَلَى جَوَازِ الْحَوَالَةِ قَوْلُهُ «مَنْ أَحْبَلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» أَيِ فَلْيَتَّبِعْ مَنْ أَحْبَلَ عَلَيْهِ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ (۱۹ / ۱۶۱).

- الْمَادَّةُ ۶۷۳ (الْحَوَالَةُ هِيَ نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ أُخْرَى أَيْ نَقْلُ الدَّيْنِ وَالْمُطَالَبَةِ بِهِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَبَعْدَ هَذَا التَّقْلِ يَنْتَقِلُ أَمْرُ الْمُطَالَبَةِ بِالذَّيْنِ مِنَ الْمُحِيلِ إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، يَعْنِي أَنَّهُ بَيْنَمَا كَانَ الْمُطَالَبُ بِالذَّيْنِ قَبْلَ الْحَوَالَةِ الْمُحِيلِ فَيَصِيرُ الْمُطَالَبُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ. كِتَابُ دَررِ الْحُكَمِ فِي شَرْحِ الْمَجْلَةِ الْأَحْكَامِ ج ۲ ص ۵.

۲- وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ (هِيَ) أَيِ الْحَوَالَةُ (نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ) أَيْ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، مَجْمَعُ الْأَمْهِرِ فِي شَرْحِ مَلْتَقَى الْأَجْرِ (۲ / ۱۴۶).

- الْحَوَالَةُ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ اسْمٌ مِنَ الْإِحَالَةِ، تَأْتِي بِمَعْنَى التَّقْلِ الْمَطْلُوقِ، يَعْنِي: سِوَاءَ أَكَانَ الْمُنْقُولُ ذِمَّتًا أَوْ عَيْنًا). وَحَوَالَةُ الْعُرَاسِ (تَفِيدُ نَقْلَ فُرُوعِ الشَّجَرَةِ مِنْ مَحَلِّ إِلَى آخَرَ وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ مُسْتَعْمَلَةٌ بِمَعْنَى الْمَادَّةِ الْأَتِيَةِ. وَهَذَا الْإِسْتِعْمَالُ مِنْ قِبَلِ نَقْلِ الْعَامِّ إِلَى الْخَاصِّ) الْفَتْحُ وَالْبَحْرُ (كِتَابُ دَررِ الْحُكَمِ فِي شَرْحِ الْمَجْلَةِ الْأَحْكَامِ ج ۲ ص ۵.

۳- الْمَقْدِمَةُ فِي بَيَانِ الْإِصْطِلَاحَاتِ الْفُقَهِيَّةِ الْعَائِدَةِ لِلْحَوَالَةِ.

(الْمَادَّةُ ۶۷۴) الْمُحِيلُ هُوَ الشَّخْصُ الَّذِي أَحَالَ أَيِ الْمَدِينِ.

(الْمَادَّةُ ۶۷۵) الْمُحَالُ لَهُ هُوَ الدَّائِنِ.

(الْمَادَّةُ ۶۷۶) الْمُحَالُ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي قَبْلَ الْحَوَالَةِ عَلَى نَفْسِهِ، وَيُقَالُ لَهُ مُحْتَالٌ عَلَيْهِ أَيْضًا.

(الْمَادَّةُ ۶۷۷) الْمُحَالُ بِهِ هُوَ الْمَالُ الْمُحَالُ. مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (ص: ۱۲۷).

۴- الحواله لها أحكام:

(منها) : براءة المحيل، وهذا عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: الحواله لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحواله، على ما كان عليه قبلها، كالكفالة سواء.

(ومنها) : ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته، أو في ذمة المحيل.

(ومنها) : ثبوت حق الملامه للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال؛ فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۱۷-۱۸).

الحامس في حُكْمِهَا فَلَهَا أَحْكَامٌ مِنْهَا بَرَاءَةُ الْمُحِيلِ. وَمِنْهَا ثُبُوتُ وَايَةِ الْمُطَالَبَةِ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ أَوْ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ عَلَيْهِ. وَمِنْهَا ثُبُوتُ الْمَلَاذِمَةِ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ عَلَى الْمُحِيلِ إِذَا لَازِمَةُ الْمُحْتَالِ فَكَلَّمَا لَازِمَةُ لَازِمَةً، وَإِذَا حَسَسَهُ حَسَسَهُ إِنْ كَانَتْ بِأَمْرِ الْمُحِيلِ وَلَا ذَيْنَ عَلَيْهِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ فَعَلَيْهِ تَحْلِيصُهُ وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ أَوْ كَانَ مَذْبُوثُهُ، وَقَدْ قِيدَتْ بِهِ فَلَا مَلَاذِمَةَ وَلَا حَسَبَ. الْبَحْرُ الرَّائِقُ شَرْحُ كَنْزِ الدَّفَائِقِ وَمَنْحَةُ الْخَالِقِ وَتَكْمِلَةُ الطُّورِيِّ (۶ / ۲۶۸-۲۶۹).

ب: رکن حواله:

رکن حواله ایجاب و قبول است، که از طرف حواله‌دهنده (محیل) ایجاب و از طرف محال و محال‌علیه قبول صورت می‌گیرد؛ سپس حواله منعقد می‌گردد. (۱)

ج: انواع حواله:

حواله بر دو نوع است:

حواله مقید: به آن حواله‌ای گفته می‌شود که مقید به این شده باشد، بر آن مالی که از حواله‌دهنده (محیل) به (محال‌علیه) طلب دارد، حواله داده شده باشد.

حواله مطلق: به آن حواله‌ای گفته می‌شود، به این مقید نشده باشد که از حواله‌دهنده (محیل) بالای (محال‌علیه) کدام طلب (قرضی) باشد، حواله داده شود. (۲)

د: دلایل مشروعیت حواله:

مشروعیت حواله با احادیث نبوی، اجماع امت و قیاس ثابت است.

۱- احادیث نبوی:

رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»}. (۳)

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است که به تحقیق رسول الله صلی الله علیه و آله فرموده‌اند: به تأخیر انداختن قرض توسط شخص توانمند و غنی ظلم است، و هرگاه شخصی به فرد غنی حواله شد، باید حواله را بپذیرد. (۴)

۲- اجماع امت:

– وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْحَوَالَةِ فَنَقُولُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ: الْحَوَالَةُ هِيَ أَحْكَامٌ مِنْهَا: (بَرَاءَةُ الْمُجِيلِ، وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ زُفَرٌ: الْحَوَالَةُ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْمُجِيلِ، وَالْحَقُّ فِي ذِمَّتِهِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ، عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَهَا، كَالْكَفَالَةِ سَوَاءً. بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ ج ۶ ص ۱۷.

۱- (أما) رکن الحواله. فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الخيل، والقبول من الخال عليه والخال جميعا، فالإيجاب: أن يقول الخيل للطالب: أحلتك على فلان هكذا، والقبول من الخال عليه والخال أن يقول كل واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا، وهذا عند أصحابنا. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۱۵).

۲- وَالْمُجْمَلُ فِيهِ أَنَّ الْحَوَالَةَ نَوْعَانِ: مُطْلَقَةٌ، وَمُقَيَّدَةٌ: فَالْمُطْلَقَةُ: أَنْ يُجِيلَ بِالذَّيْنِ عَلَى فُلَانٍ، وَلَا يُقَيَّدُ بِالذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ، وَالْمُقَيَّدَةُ: أَنْ يُقَيَّدَ بِذَلِكَ، وَالْحَوَالَةُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ التَّوَعِينِ جَائِزَةٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ أُجِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» مِنْ غَيْرِ فَضْلِ. كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ۶ ص ۱۶.

(الْمَادَّةُ ۶۷۸) الْحَوَالَةُ الْمُقَيَّدَةُ هِيَ الْحَوَالَةُ الَّتِي قَيَّدَتْ بِأَنْ تُعْطَى مِنَ الْمَالِ الَّذِي لِلْمُجِيلِ بِذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ بِيَدِهِ.

(الْمَادَّةُ ۶۷۹) الْحَوَالَةُ الْمُطْلَقَةُ هِيَ الَّتِي لَمْ تُقَيَّدْ بِأَنْ تُعْطَى مِنَ الْمَالِ الَّذِي لِلْمُجِيلِ بِبِدِّ الْمُحَالِ عَلَيْهِ. مجلة الأحكام العدلية (ص: ۱۲۷).

۳- صحيح مسلم (۳/ ۱۱۹۷) رقم الحديث: ۳۳ - (۱۵۶۴).

۴- قال: "وهي جائزة بالديون" قال عليه الصلاة والسلام: "من أحيل على مليء فليتب" ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين.

قال: "وتصح الحواله برضا الخيل والاحتال والاحتال عليه" أما احتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما الاحتال عليه فالأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه، وأما الخيل فاحواله تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من الاحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

قال: "وإذا تمت الحواله برئ الخيل من الدين بالقبول" وقال زفر: لا يبرأ اعتبارا بالكفالة، إذ كل واحد منهما عقد توثق، ولنا أن الحواله للنقل لغة، ومنه حواله الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها. أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الأمل والأحسن في القضاء، وإنما يجبر على القبول إذا نقد الخيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۹۹).

– إِنَّ مَشْرُوعِيَّةَ الْحَوَالَةِ ثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ، وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ، إِذْ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ الشَّرِيفِ «مَنْ أُجِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» فَالْأَمْرُ بِالِاتِّبَاعِ دَلِيلٌ عَلَى الْجَوَازِ وَالْأَمْرُ الْوَاقِعُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ الشَّرِيفِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ لِأَجْلِ الْإِسْتِخْبَابِ. وَلَكِنْ فِي الرَّوَايَةِ الْمُتَّفَوِّتَةِ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ هُوَ لِلْجَوَابِ وَنَظَرًا لِبَيَانِ صَاحِبِ الْبَحْرِ الْأَمْرَ الْمَذْكُورَ بِأَنَّهُ مُبَاحٌ، فَهُوَ دَلِيلٌ جَوَازٍ نَقَلَ الدِّينِ شَرْعًا (الْبَحْرُ. كتاب درر الحكماء في شرح المجلة الأحكام ج ۲ ص ۵.

علمای کرام بر این اجماع دارند که حواله عملی مشروع و روا است. (۱)

۳- قیاس:

حواله بر کفالت قیاس شده، زیرا در هر دو پذیرش یک چیز است و تبرع است. آن کس می‌تواند آن را انجام دهد که توانایی تبرع داشته باشد و برای حصول و به دست آوردن دین و قرض راه‌های آسان هستند. (۲)

مطلب سوم: شرایط حواله:

۱- شرایط حواله:

شرایط حواله بر چهار نوع است: ۱- بعضی به محیل ارتباط دارد ۲- بعضی آن به محال ارتباط دارد، ۳- بعضی آن به محال علیه ارتباط دارد ۴- و بعضی آن باز به محال به ارتباط دارد.

الف: شرایط محیل:

- ۱) محیل باید عاقل باشد؛ حواله دیوانه و کودک غیر عاقل صحیح نمی‌شود.
- ۲) محیل باید بالغ باشد؛ حواله کودک تا اجازه ولی او موقوف است.
- ۳) محیل باید راضی باشد؛ اگر کسی به زور بالای او حواله نموده باشد، صحیح نمی‌گردد.

ب: شرایط محال (صاحب حق):

- ۱) عقل: (صاحب حق باید عاقل باشد).
- ۲) بلوغ: (صاحب حق باید بالغ باشد).
- ۳) رضایت: (صاحب حق باید به حواله راضی باشد).
- ۴) اتحاد مجلس: (حضور محال در مجلس حواله ضروری است و اجازه بعدی او اعتبار ندارد).

ج: شرایط محال علیه:

- ۱) عقل.
- ۲) بلوغ.
- ۳) رضایت.
- ۴) اتحاد مجلس.

د: شرایط محال به:

- ۱) مال مذکور باید دین و قرض باشد؛ در اعیان (اشیاء مشخص و موجود) حواله صحیح نمی‌گردد.
- ۲) آن دین باید لازم باشد؛ در دین‌های غیر لازم حواله صحیح نمی‌شود مانند بدل مال مکاتبه و غیره. (۳)

۱ - انعقد الإجماع على مشروعية الحوالة. الموسوعة الفقهية الكويتية (۱۸ / ۱۷۱).

۲ - القياس: الحوالة مقيسة على الكفالة، بإجماع أن كلاً من المحال عليه والكفيل قد التزم ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه، وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الدين، فلا تمتنع هذه كما لم تمتنع تلك. والحاجة تدعو إلى الحوالة، والدين يسر. واستدل الحنفية بقياس المجموع على آخذه: ذلك أن كلاً من نوعي الحوالة (المطلقة أو المقيدة) يتضمن تبرع المحال عليه بالالتزام والإيفاء، وأمره بالتسليم إلى المحال، وتوكيل المحال بالقبض منه. وما منها خصلة إلا وهي جائزة على الإنفراد، فلنكن كذلك عند الإجماع، بإجماع عدم الفرق. الموسوعة الفقهية الكويتية (۱۸ / ۱۷۱).

۳ - وأما الشرائط فأنواع: بعضها يرجع إلى المحيل، وبعضها يرجع إلى المحال، وبعضها يرجع إلى المحال عليه، وبعضها يرجع إلى المحال به. أما (الذي يرجع إلى المحيل فأنواع):

منها: أن يكون عاقلاً، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.

ومنها: أن يكون بالغاً، وهو شرط التقاض دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل؛ مؤقتاً نقاداً على إجازة وليه.

ومنها (رضاً المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء، فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات.

وأما (الذي يرجع إلى المحال فأنواع):

مطلب چهارم: بعضی مسائل خاص حواله:

شرایط رجوع بالای محیل:

- در سه صورت ذیل، محال علیه می تواند بر محیل رجوع کند:
- (۱) به امر محیل حواله را قبول کرده باشد؛ اگر به امر او نباشد، باز رجوع کرده نمی تواند.
 - (۲) مال حواله شده به محال سپرده شده باشد، یا از طرف محال به محال علیه هبه یا صدقه شده باشد و او [محال علیه] آن را پذیرفته باشد، یا برایش به میراث مانده باشد.
 - (۳) محیل به اندازه مال ادا شده بر محال علیه قرض نداشته باشد؛ اگر قرض اش بر او باشد، باز رجوع کرده نمی تواند. (۱).

اسباب پایان یافتن حواله:

به دلایل هفت چیز ذیل حواله پایان می یابد:

- ۱ (فسخ کردن یا از بین بردن حواله توسط محیل و یا محال علیه.
- ۲ (مرگ محال علیه یا مفلس شدن او.
- ۳ (هنگامی که محال علیه مال را به محال ادا نماید، حواله پایان می یابد.
- ۴ (هنگامی که محال مال را به محال علیه ببخشد (هبه کند) و محال علیه آن را قبول کند.
- ۵ (هنگامی که محال مال ادا شده را بر محال علیه صدقه کند و محال علیه آن را قبول کند.
- ۶ (هنگامی که محال بمیرد و مالش برای محال علیه به میراث بماند.
- ۷ (هنگامی که محال محال علیه را از مال ابراء (بری الذمه) کند و بگوید که من آن را نمی خواهم. (۲)

مِنْهَا (العقل؛ لما دكرنا؛ ولأن قَبُولَهُ رَجْعٌ، وَغَيْرُ الْعَاقِلِ لَا يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ).
 وَمِنْهَا (الْبُلُوغُ وَأَنَّهُ شَرْطُ النَّفَادِ، لَا شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ، فَيَنْعَقِدُ اخْتِيَالَهُ مُؤَفَّقًا عَلَى إِجَارَةِ وَلِيهِ.
 وَمِنْهَا: (الرِّضَا حَتَّى لَوْ اخْتَالَ مُكْرَهًا؛ لَا تَصِحُّ؛ لِمَا دَكَّرْنَا).
 وَمِنْهَا (مَجْلِسُ الْحَوَالَةِ وَهُوَ شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ شَرْطُ النَّفَادِ، حَتَّى أَنْ الْمُخْتَالَ لَوْ كَانَ غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ، فَلَبَّغَهُ الْحَبْرُ فَأَجَارَ؛ لَا يَنْفَعُهُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَنْفَعُهُ، وَالصَّحِيحُ: قَوْلُهُمَا.
 وَأَمَّا (الَّذِي يَرْجِعُ إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا):
 مِنْهَا: (العقل؛ فَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمُخْتُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ قَبُولَ الْحَوَالَةِ أَصْلًا؛ لِمَا دَكَّرْنَا) وَمِنْهَا (الْبُلُوغُ، وَأَنَّهُ شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ أَيْضًا؛
 وَمِنْهَا (الرِّضَا، حَتَّى لَوْ أُكْرِهَ عَلَى قَبُولِ الْحَوَالَةِ لَا يَصِحُّ).
 وَمِنْهَا (الْمَجْلِسُ، وَأَنَّهُ شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ عِنْدَهُمَا؛ لِمَا دَكَّرْنَا فِي جَانِبِ الْمُحِيلِ.
 (وَأَمَّا (الَّذِي يَرْجِعُ إِلَى الْمُحَالِ بِهِ، فَتَوَعَّانُ):
 أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ دَيْنًا؛ فَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِالْأَغْيَانِ الْقَائِمَةِ؛ لِأَنَّهَا نَقْلٌ مَا فِي الدَّيْمَةِ، وَلَمْ يُوْجَدْ.
 وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ لَارِمًا؛ فَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِدَيْنٍ غَيْرِ لَارِمٍ، - كَبَدَلِ الْكِتَابَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَيْنٌ تَسْمِيَةً لَا حَقِيقَةً؛ إِذُ الْمَوْلَى لَا يَجِبُ لَهُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنٌ، وَالْأَصْلُ: أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهِ، لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ. - كتاب بدائع الصنائع في ترتيب شرايع ج ۶ ص ۱۶.

۱ - وَأَمَّا بَيَانُ الرَّجُوعِ، فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فِي الرَّجُوعِ فِي مَوْضِعَيْنِ: فِي بَيَانِ شَرَائِطِ الرَّجُوعِ، وَفِي بَيَانِ مَا يَرْجِعُ بِهِ أَمَّا شَرَائِطُهُ فَأَنْوَاعٌ:
 مِنْهَا: (أَنْ تَكُونَ الْحَوَالَةُ بِأَمْرِ الْمُحِيلِ، فَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لَا يَرْجِعُ، بَأَنْ قَالَ رَجُلٌ لِلطَّالِبِ: إِنَّ لَكَ عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَكَذَا مِنَ الدَّيْنِ، فَاخْتَلَّ بِمَا عَلَيَّ، فَرَضِي بِذَلِكَ الطَّالِبِ؛ جازتْ الْحَوَالَةَ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِ الْمُحِيلِ صَارَ الْمُحَالُ مَمْلُوكًا لِلدَّيْنِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى إِلَيْهِ مِنَ الْمَالِ؛ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ عَلَى الْمُحِيلِ، وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا يُوْجَدُ مَعْنَى التَّمْلِيكِ؛ فَلَا تَثْبُتُ وَلَا يَتَّيَّنُ الرَّجُوعُ.
 وَمِنْهَا: (أَدَاءُ مَالِ الْحَوَالَةِ، أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الْأَدَاءِ - كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ - إِذَا قَبِلَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا وَرَثَهُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِرْثَ مِنْ أَسْبَابِ الْمِلْكِ فَإِذَا وَرَثَهُ فَقَدْ مَلَكَهُ؛ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ. وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحَالُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطُ حَقِّهِ؛ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ جَانِبُ التَّمْلِيكِ إِلَّا عِنْدَ اشْتِعَالِهِ بِالرَّذِّ، فَإِذَا لَمْ يُوْجَدْ بَقِي إِسْقَاطًا مَحْضًا، فَلَمْ يَمْلِكْ الْمُحَالُ عَلَيْهِ شَيْئًا؛ فَلَا يَرْجِعُ).

وَمِنْهَا: (أَنْ لَا يَكُونَ لِلْمُحِيلِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ مِثْلُهُ، فَإِنْ كَانَ: لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَيْنِ التَّقْيَا قِصَاصًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ لَرَجَعَ الْمُحِيلُ عَلَيْهِ أَيْضًا، فَلَا يُعِيدُ فَيَتَقَا صَاحِبَا الدَّيْنَيْنِ؛ فَيَبْطُلُ حَقُّ الرَّجُوعِ. كتاب بدائع الصنائع في ترتيب شرايع ج ۶ ص ۱۹.

۲ - وحكم الحواله ينتهي بأشياء:

(منها) : فسخ الحوالة؛ لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال، فكانت محتملة للفسخ، ومتى فسخ تعود المطالبة إلى الخيل.
 (ومنها) التوى عند علمائنا.
 (أداء المَحَالِ عَلَيْهِ الْمَالُ إِلَى الْمَحَالِ. فَإِذَا أَدَّى الْمَالُ خَرَجَ عَنِ الْحَوَالَةِ؛ إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي بَقَائِهَا بَعْدَ انْتِهَاءِ حُكْمِهَا).
 (أَنْ يَهَبَ الْمَحَالُ الْمَالُ لِلْمَحَالِ عَلَيْهِ وَيَقْبَلَهُ).
 (أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ، وَيَقْبَلَهُ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ فِي مَعْنَى الْإِبْرَاءِ).
 (أَنْ يَمُوتَ الْمَحَالُ؛ فَرِثُهُ الْمَحَالُ عَلَيْهِ).
 (أَنْ يُرْتَبَهُ مِنَ الْمَالِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. كتاب بدائع الصنایع فی ترتیب شرائع ج ۶ / ۱۸-۱۹).

مبحث چهارم

تعریف وکالت، حکم، ارکان، اصطلاحات، حکمت، دلایل مشروعیت، انواع، صفت، شرایط، عوامل پایان

یافتن و مسائل مرتبط با آن:

مطلب اول: تعریف وکالت، حکم، ارکان، اصطلاحات و حکمت آن:

۱- تعریف وکالت:

وکالت در لغت به معنای نگهداری، سپردن و اعتماد است.

و در اصطلاح فقه: تعیین کردن شخص دیگر به جای خود در تصرف جائز و معلوم، وکالت نامیده می‌شود. (۱)

۲ حکم وکالت:

وکالت در اصل یک کار مباح و روا است، اما بعضی وقت مستحب و مکروه هم آمده می‌تواند، مگر در آن صورت که از موکل

ضرر دفع کند، باز واجب است. (۲)

احکام خاص وکالت: وکالت شش حکم دارد.

۱ (در آن چیزی که برای وکیل وکالت سپرده شده باشد، حق تصرف ثابت می‌شود.

۲ (وکیل می‌تواند بدون اجازه و اختیار موکل، شخص دیگری را وکیل کند.

۳ (آن مالی که در دست وکیل است، در آن امین است.

۴ (وکیل که برای کدام کار وکیل شده باشد، بر آن کار مجبور کرده نمی‌شود.

۵ (وکالت با شروط فاسد، فاسد می‌شود و خیار شرط در آن صحیح نمی‌شود.

۶ (تعلیق وکالت تا یک کار یا زمان و اضافه کردن آن به وقت صحیح است. (۳)

۱ - مَادَّةُ (۱۴۴۹) الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لآخَرَ وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلِمَنْ أَقَامَهُ وَكَيْلٌ وَلِذَلِكَ الْأَمْرِ مُوَكَّلٌ بِهِ. مجله الأحكام العدلية (ص: ۲۸۰).
- عَلِمْنَا أَنَّ الْوَكَالَاتِ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْحَفِظِ، وَمِنْهُ الْوَكِيلُ فِي أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى بِمَعْنَى الْحَفِظِ كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ} [آل عمران: ۱۷۳] وَهَذَا قَالَ عَلَمًاؤُنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - فِيمَنْ قَالَ لآخَرَ: وَكَلْتُكَ بِمَالِي: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِهَذَا اللَّفْظِ الْحَفِظَ فَقَطْ، وَقِيلَ مَعْنَى الْوَكَالَةِ: التَّفْوِضُ وَالتَّسْلِيمُ، وَمِنْهُ التَّوَكَّلُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا} [الأعراف: ۸۹]، يَعْنِي فَوْضْنَا إِلَيْهِ أُمُورَنَا وَسَلَّمْنَا، فَالتَّوَكَّلُ تَفْوِضُ التَّصَرُّفِ إِلَى الْغَيْرِ وَتَسْلِيمُ الْمَالِ إِلَيْهِ لِيَتَصَرَّفَ فِيهِ. المبسوط للسرخسي (۲/۱۹).
- أما الْوَكَالَةُ فِي اللَّغَةِ فَهِيَ الْحَفِظُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ} أَي وَنِعْمَ الْحَافِظُ.

وقد يُرَادُ بِهَا التَّفْوِضُ يُقَالُ تَفَوَّضْتُ عَلَى اللَّهِ أَي فَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ. وَفِي الشَّرْعِ كَذَلِكَ هِيَ تَفْوِضُ التَّصَرُّفِ وَالْحَفِظُ إِلَى الْوَكِيلِ. تحفة الفقهاء (۳/۲۲۷).

- الْأَوَّلُ فِي مَعْنَاهَا لُغَةً قَالَ فِي الْمُبْتَدَأِ وَكَلْتُ إِلَيْهِ الْأَمْرَ وَكَلًّا مِنْ بَابِ وَعَدَ وَوَكُولًا فَوَضَّعَهُ إِلَيْهِ وَاتَّكَفَيْتُ بِهِ الْوَكِيلَ فَعَبِلَ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ لِأَنَّهُ مُوَكَّلٌ إِلَيْهِ وَيَكُونُ بِمَعْنَى فَاعِلٍ إِذَا كَانَ بِمَعْنَى الْحَافِظِ وَمِنْهُ حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ وَالْجُمُوعُ وَكَلَاءٌ وَوَكَلْتُهُ تَوَكَّلْتُهَا فَتَوَكَّلْتُ قَبْلَ الْوَكَالَةِ وَهِيَ يَفْتَحُ الْوَاوَ وَالْكَسْرُ لُغَةٌ وَتَوَكَّلَ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى اعْتَمَدَ عَلَيْهِ اه.
وَالْحَاصِلُ أَنَّهَا فِي اللَّغَةِ بِمَعْنَى التَّوَكُّلِ وَهُوَ تَفْوِضُ التَّصَرُّفِ إِلَى الْغَيْرِ. الثَّانِي فِي مَعْنَاهَا اصْطِلَاحًا فَهِيَ إِقَامَةُ الْإِنْسَانِ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ كَذَا فِي الْعِنَايَةِ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (۷/۱۳۹).

۲ - وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه وصفته أنه عقد جائز، يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضی صاحبه. البناية شرح الهداية (۹/۲۱۶).

- الحكم التكليفي للوكالة:

الأصل في الوكالة الإباحة، وقد تصبح مندوبة إن كانت إعانة على مندوب. وقد تصير مكروهة إن أعانت على مكروه، وقد تكون حراماً إن أعانت على حرام، وقد تكون واجبة إن دفعت ضرراً عن الموكل. الفقه الإسلامي وأدلته للرحبي (۵/۴۰۶).

۳ - أَحْكَامُ الْوَكَالَةِ مُتَعَدِّدَةٌ:

أَوَّلًا، ثُبُوتُ التَّصَرُّفِ لِلْوَكِيلِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يَشْتَمِلُهُ التَّوَكُّلُ. يَعْنِي: مَثَلًا لِلْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ بِنَيْلِ الْمَالِ وَلَا فَائِدَةَ فِي نَدَامَةِ الْمُوَكَّلِ بَعْدَ ذَلِكَ.

ثَانِيًا، لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ آخَرَ بِدُونِ إِذْنٍ أَوْ تَخْيِيرٍ عَلَى وَجْهِ التَّعْمِيمِ.

ثَالِثًا، كَوْنُ الْوَكِيلِ أَمِينًا فِي الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ.

رَابِعًا، عَدَمُ إِجْبَارِ الْوَكِيلِ عَلَى إِجْرَاءِ مَا وَكِّلَ بِهِ فَلَا يُجْبَرُ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ أَوْ بِقَبْضِ الدَّيْنِ.

خَامِسًا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ وَلَا يَصِحُّ فِيهَا خِيَارُ شَرْطٍ.

۳- ارکان وکالت:

ارکان وکالت ایجاب و قبول است که موکل بگوید من این کار را به تو سپردم و وکیل بگوید قبول کردم یا با گفتار چیزی نگوید اما آن کار را آغاز و انجام دهد که این هم قبول است. (۱)

۴- اصطلاحات مربوط به وکالت:

موکل: شخصی است که در یک کار و تصرف جائز و معلوم، در عوض خود صلاحیت انجام دادن را به شخص دیگری می‌دهد..

وکیل: آن شخصی است که از طرف موکل بر اساس صلاحیت داده شده، کاری را انجام می‌دهد.

موکل به: به آن عمل و کاری گفته می‌شود که به وکیل سپرده شده باشد. (۲)

۵- حکمت وکالت:

وکالت بنا بر ضرورت و نیاز مشروع شده است، زیرا اکثری اوقات یک شخص مال دارد اما به طریقه مصرف کردن آن نمی‌فهمد و یا مصروفیت‌ها و مالش زیاد می‌باشد، خودش نمی‌تواند در آن تصرف نماید، و یا هم گاهی هنگام رفتن به سفر به نگهداری و حفاظت آن نیاز پیش می‌آید، پس ضرورت و نیاز پیدا می‌شود که برای تصرف در مال وکیل بگیرد. (۳)

مطلب دوم: دلایل مشروعیت وکالت:

وکالت در قرآن کریم، احادیث نبوی، اجماع و قیاس ثابت است:

اول: قرآن کریم:

۱- خداوند متعال فرموده است:

(فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا) (۴)

سادساً، تَعْلِيْقُ الْوَكَالَةِ وَإِضَافَتُهَا صَحِيحَانِ. تَكْمِلَةُ رَدِّ الْمُخْتَارِ (در الحکام فی شرح مجلّة الأحکام ج ۳ ص ۵۴۷).

– حکم التوكيل صيرورة المضاف إليه وكيلا؛ لأن التوكيل إثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) : ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۲۴).

– الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۲۴).

۱ – رُكْنُ التَّوَكُّلِ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ. وَذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ الْمُوَكَّلُ وَكَأَنَّكَ بِهَذَا الْأَمْرِ فَإِذَا قَالَ الْوَكِيلُ: قَبِلْتُ أَوْ قَالَ كَلَامًا آخَرَ يُشْعِرُ بِالْقَبُولِ، تَنَعَّقِدُ الْوَكَالَةَ، كَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَقُلْ شَيْئًا وَتَشَبَّهَتْ بِإِجْرَاءِ ذَلِكَ الْأَمْرِ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ قَدْ قَبِلَ الْوَكَالَةَ دَلَالَةً وَلَكِنْ لَوْ رَدَّهَا الْوَكِيلُ بَعْدَ الْإِجَابِ لَا يَبْقَىٰ لَهَا حُكْمٌ. بِنَاءً عَلَيْهِ لَوْ قَالَ: وَكَأَنَّكَ بِهَذَا الْأَمْرِ وَرَدَّ الْوَكِيلُ الْوَكَالَةَ بِقَوْلِهِ لَا أَقْبَلُ ثُمَّ بَاشَرَ بِإِجْرَاءِ الْمُوَكَّلِ بِهِ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ. مجلّة الأحكام العدلية (ص: ۲۸۱) مادة (۱۴۵۱).

– وَأَمَّا بَيَانُ رُكْنِ التَّوَكُّلِ فَهُوَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ فَالْإِجَابُ مِنَ الْمُوَكَّلِ أَنْ يَقُولَ: "وَكَأَنَّكَ بِهَذَا أَوْ أَفْعَلْ كَذَا أَوْ أُذِنْتُ لَكَ أَنْ تَفْعَلَ كَذَا" وَنَحْوَهُ. وَالْقَبُولُ مِنَ الْوَكِيلِ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ وَمَا يَجْرِي مِجْرَاهُ، فَمَا لَمْ يُوجَدْ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لَا يَتِمُّ الْعَقْدُ؛ وَهَذَا لَوْ وَكَّلَ إِنْسَانًا بِقَبْضِ ذَنبِهِ فَأَبَىٰ أَنْ يَقْبَلَ، ثُمَّ ذَهَبَ الْوَكِيلُ فَبَقِضَهُ لَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَقْدِ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، وَكَانَ وَاحِدًا مِنْهُمَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ قَبْلَ وُجُودِ الْآخَرِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ۶ ص ۲۰.

۲ – الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِيضٌ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لِآخَرَ وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلِمَنْ أَقَامَهُ وَكَيْلٌ وَذَلِكَ الْأَمْرُ مُوَكَّلٌ بِهِ. مجلّة الأحكام العدلية (ص: ۲۸۰) مادة (۱۴۴۹).

۳ – ثُمَّ لِلنَّاسِ إِلَىٰ هَذَا الْعَقْدِ حَاجَةٌ مَأْسُومَةٌ. فَقَدْ يَعْجُرُ الْإِنْسَانُ عَنِ حِفْظِ مَالِهِ عِنْدَ خُرُوجِهِ لِلسَّفَرِ، وَقَدْ يَعْجُرُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ لِقَلَّةِ هِدَايَتِهِ وَكَثْرَةِ اشْتِغَالِهِ، أَوْ لِكثْرَةِ مَالِهِ، فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ تَفْوِيضِ التَّصَرُّفِ إِلَىٰ الْغَيْرِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ. المسووط للرخسي (۲ / ۱۹).

– وحكمة تشريع الوكالة واضحة: وهي رعاية المصلحة وسد الحاجة ودفع الخرج عن الناس، فقد تتوافر القدرة والكفاءة والخبرة عند إنسان دون آخر، وقد يكون الإنسان محققاً، ولكنه عاجز عن تقديم الحجّة والبيان، وخصمه أقدر وأعرف بالحجج، فيكون محتاجاً لتوكيل غيره للدفاع عنه، وإظهار حقه. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۵ / ۴۰۶۱).

۴ – سورة الكهف الآية: ۱۹.

ترجمه: پس بفرستید شما یک را از میان خود با این نقره (مسکو که) خود، بسوی شهر، پس باید که تامل کند کدام یک از اهل مدینه پاکیزه‌تر است از روی طعام، پس بیاورد برای شما قوتی از آن، باید مدارا و نرمی کند، و خبردار نکند به حال شما را هیچکس را. (۱)

وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا (۲)

ترجمه: و اگر ترسیدید خلاف بین زوجین را، پس بفرستید منصفی از اقارب مرد و منصفی از اقارب زن. (۳)

دوم: احادیث نبوی:

۱- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ، قَالَ: دَفَعَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِينَارًا لِأَشْتَرِي لَهُ شَاةً، فَاشْتَرَيْتُ لَهُ شَاتَيْنِ، فَبِعْتُ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالْدِينَارِ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَ لَهُ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ، فَقَالَ لَهُ: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ، فَكَانَ يَخْرُجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى كُنَاسَةِ الْكُوفَةِ فَيَرْبِحُ الرِّبْحَ الْعَظِيمَ، فَكَانَ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ الْكُوفَةِ مَالًا. (۴)}

ترجمه: از عروه البارقی روایت است او گفته: رسول الله ﷺ به من یک دینار داد که من برای او یک گوسفند بخرم، من برایش دو گوسفند خریدم، یک گوسفند را به یک دینار فروختم، یک گوسفند و یک دینار را من نزد رسول الله ﷺ آوردم، به رسول الله ﷺ بیان این کار را کردم، رسول الله ﷺ برایم فرمود: خداوند متعال در بیع دست راست تو برکت بندازد، از این بعد به جای موسوم به کناسه در کوفه بیرون می‌رفت، بسیار نفع بزرگ می‌کرد، که در بین باشندگان کوفه صاحب زیادترین مال می‌شد.

۲- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِجِلَالِ الْبُذْنِ الَّتِي نَحَرْتُ وَبِجُلُودِهَا» (۵)}

ترجمه: از حضرت علی روایت است او گفته: رسول الله ﷺ مرا امر کرد که من جل و پوست‌های قربانی را خیرات کنم.

۳- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ «صَحَىٰ مَرَّةً بِالْمَدِينَةِ» قَالَ نَافِعٌ «فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ لَهُ كَبِشًا فَجِئًا أَقْرَنَ، ثُمَّ أَذْبَحُهُ يَوْمَ الْأَضْحَىٰ فِي مُصَلَّى النَّاسِ» (۶)}

ترجمه: از نافع روایت است او گفته: حضرت عبد الله بن عمر روایت کرد که در مدینه منوره قربانی کرد، نافع می‌گوید مرا امر کرد که من یک گوسفند جوان شاخ‌دار برایش بخرم و باز آن را روز عید بزرگ در کنار عیدگاه برایش حلال (ذبح) کنم.

۴- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سِنَّ مِنَ الْإِبِلِ، فَجَاءَهُ يَتَقَاضَاهُ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَعْطُوهُ»، فَطَلَبُوا سِنَّهُ، فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ إِلَّا سِنًا فَوْقَهَا، فَقَالَ: «أَعْطُوهُ»، فَقَالَ: أَوْفَيْتَنِي وَفَى اللَّهُ بِكَ، قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً» (۷)}

۱ تفسیر کابلی ج ۲ ص ۵۷۲/سورۃ الکهف الایة ۱۹ .

۲ - [سورۃ النساء: الایة ۳۵] .

۳ تفسیر کابلی ج ۱ ص ۳۹۱/سورۃ النساء الایة ۳۵ .

۴ - سنن الترمذی ت بشار (۲/ ۵۵۰) رقم الحدیث: ۱۲۵۸ .

۵ - صحیح البخاری (۲/ ۱۷۰) . رقم الحدیث: ۱۷۰۷ .

۶ - موطأ مالک ت عبد الباقی (۲/ ۴۸۳) رقم الحدیث: ۳ .

۷ - صحیح البخاری (۳/ ۱۱۷) رقم الحدیث: ۲۳۹۳ .

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است او گفته: بر رسول الله صلی الله علیه و آله از یک شخص به اندازه یک شتر با سن معلوم، قرض بود، آن شخص نزد رسول الله صلی الله علیه و آله آمد و شتر طلب می کرد، رسول الله صلی الله علیه و آله فرمود: قرض شترش را به او بدهید، صحابه کرام رضی الله عنهم شتر هم سن او را جستجو کردند اما نیافتند، مگر شتری با سن و سال بالاتر از آن یافتند، رسول الله صلی الله علیه و آله فرمود: این شتر دارای سن بالاتر با او بدهید، آن شخص گفت: به من کامل (حقم) را دادی خداوند متعال به تو هم پاداش کامل بدهد، رسول الله صلی الله علیه و آله فرمود: بهترین مردم در میان شما کسانی هستند که قرض را به بهترین وجه ادا می کنند.

۵- رسول الله صلی الله علیه و آله فرموده اند:

{عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ، وَقُلْتُ لَهُ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَقَالَ: «إِذَا أَتَيْتَ وَكَيْلِي فَخُذْ مِنْهُ حَمْسَةَ عَشْرَ وَسُقًا، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْفُوتِهِ»}. (١)

ترجمه: از جابر بن عبدالله رضی الله عنه روایت است او گفته: من اراده رفتن به خیبر را کردم، نزد رسول الله صلی الله علیه و آله آمدم، سلام بر او انداختم و اینچنین برایش گفتم: من اراده رفتن به خیبر را کرده ام، برایم فرمود: هنگامی که نزد وکیل من رفتی از او پانزده وسق (خرما) بگیر، اگر او نشانه (علامت) پرسید از تو، تو دست بر استخوان قسمت بالای سینه اش بگذار.

۶- رسول الله صلی الله علیه و آله فرموده اند:

{عَنْ حَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَهُ يَشْتَرِي لَهُ أُصْحِيَّةً بِدِينَارٍ، فَاشْتَرَاهَا ثُمَّ بَاعَهَا بِدِينَارَيْنِ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ، فَدَعَا لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْبُرْكََةِ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْبَدِينَارِ}. (٢)

ترجمه: از حکیم بن حزام رضی الله عنه روایت است به تحقیق نبی صلی الله علیه و آله مرا برای این فرستاد که برای او یک قربانی به یک دینار بخرم، من آن را به یک دینار خریدم و باز به دو دینار فروختم، نزد نبی صلی الله علیه و آله یک دینار آوردم، نبی صلی الله علیه و آله برایم دعای برکت کرد، و مرا امر کرد که یک دینار صدقه کنم. (۳)

۱ - سنن أبي داود (۳/ ۳۱۴) رقم الحديث: ۳۶۳۲.

۲ - مصنف ابن أبي شيبة (۷/ ۳۰۳) رقم الحديث: ۳۶۲۹۴.

۳ - وقد عرف جواز هذا العقد بالكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: {فَاتَّعَنُوا أَحَدَكُمْ بِوَرْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ} [الكهف: ۱۹] وهذا كان توكيلاً.

وأما السنة فما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه وكل حكيم بن حزام - رضي الله عنه - بشراء الأضحية، وبه وكل غزوة البارقية فلما سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شيئاً أعطاه علامة، وقال: أتت وكيلي يخبرني ليعطيك ما سألتني به العلامة «والدليل عليه: الحديث الذي بدأ به محمد - رحمه الله - الكتاب وزواؤه أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - عن سالم عن الشعبي» عن فاطمة بنت قيس - رضي الله عنها - قالت: طلقني زوجي ثلاثاً ثم خرج إلى اليمن فوكل أخاه بنفقي فخاصمته عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلم يجعل لي نفقة ولا سكتى «ففي هذا جواز التوكيل بالاتفاق، وبظاهر الحديث يستدل ابن أبي ليلى - رحمه الله - فيقول: "ليس للممتنونة نفقة ولا سكتى". ولكننا نقول إن صح الحديث فله تأويلان: أحدهما - أنها كانت بذيمة اللسان بذية على أحماء زوجها فأخرجوها، فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن تعتد في بيت أم مكتوم - رضي الله عنها - تسكيناً للفئنة، فطنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكتى، الثاني - أنه وكل أخاه بأن ينفق عليها خبر الشعبي ولم يكن الزوج حاضراً ليضفي عليه بشيء آخر، فلهذا قالت: "ولم يجعل لي نفقة ولا سكتى". الميوسط للسرخسي ج ۱۹ ص ۲-۳.

- وزوي عن عمر أنه كان يوكل رجلاً بإقامة الصموف، ولا يكبر حتى يخبر أن قد استوت الصموف. شرح السنة لبغوي (۳/ ۳۶۹).

- وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال: حدثني الحفي عن غزوة البارقية قال: «أعطاه النبي - صلى الله عليه وسلم - ديناراً يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدینار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ثراباً ربح فيه» وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي ليلى واسمه لمازة بن زيار عن غزوة فذكره، والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه الفضية وقعت له - صلى الله عليه وسلم - مع حكيم أو مع غزوة أو مع كل منهما بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال. فتح القدير للكمال ابن الهمام (۷/ ۵۰۲).

مشروعية الوكالة: الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف: {فَاتَّعَنُوا أَحَدَكُمْ بِوَرْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ، فليظن أنها أركى طعاماً فلباتكم برزق منه} [الكهف: ۱۹/ ۱۸] وهذه وكالة في الشراء.

وقوله عز وجل: {فَاتَّعَنُوا حَكِمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكِمًا مِنْ أَهْلِهَا} [النساء: ۳۵/ ۴] وقوله سبحانه: {اذهبوا بقميصي هذا} [يوسف: ۹۳/ ۱۲] وقوله تعالى حكاية عن سيدنا يوسف: {اجعلني على خزائن الأرض} [يوسف: ۵۵/ ۱۲]. وقوله تعالى: {إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها} [التوبة: ۶۰/ ۹] أي السعاة والحياة الذين يعينهم الإمام لتحصيل الزكاة، لأن الله سبحانه جوز العمل على الصدقات، وهو بحكم النيابة عن المستحقين.

وقوله سبحانه: {وإن خفتهم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها} [النساء: ۳۵/ ۴] والحكمان وكيلان عن الزوجين.

وأما السنة: فأحاديث كثيرة:

منها خبر الصحيحين: «أنه صلى الله عليه وسلم بعث السعاة لأخذ الزكاة».

اجماع امت:

امت اسلامی بر این اتفاق دارد که وکالت یک عمل مشروع و روا است، از زمان رسول الله ﷺ تا امروز کسی آن را انکار نکرده است. (۱)

قیاس: وکالت از لحاظ قیاس هم عمل روا و جائز است. (۲)

مطلب سوم: انواع وکالت و صفت آن:

۱- انواع وکالت:

وکالت دو نوع میباشد:

اول وکالت عام: آن وکالتی است که موکل به وکیل بگوید هر چه را که دوست داری برایم بخر.

دوم وکالت خاص: آن وکالتی است که موکل به وکیل بگوید برایم لباس یا خانه یا موتر بخر. (۳)

۲- صفت وکالت:

الف: وکالت بدون اجرت: وکالت مفت روا است، اما عقدکنندگان ملزم نیستند، هر یک می تواند که این عقد را فسخ کند.
ب: اگر یک شخص برای یک کار وکیلان زیادی گرفته باشد: در این صورت هیچ یک به تنهایی بدون اجازه موکل نمی تواند کار تعیین شده را انجام دهد، اما آن کارها را می تواند انجام دهد که به مشوره نیاز ندارد مانند سپردن امانت ها و پرداختن قرض ها. (۴)

ومنها: «توكيله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان».

ومنها «توكيله أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث».

ومنها «توكيله حكيم بن حزام بشراء الأضحية، وتوكيله عروة البارقي في شراء الشاة».

ومنها خير البخاري في التوكيل بإعطاء بعير سداداً لدين رجل، وقوله عليه السلام: «إن خياركم أحسنكم قضاء».

وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة، ولأن الحاجة داعية. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥ / ٤٠٥٩ - ٤٠٦٠)

١ - أما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على جواز الوكالة ومشروعيتها منذ عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين. الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٥ / ٨).

- وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة، ولأن الحاجة داعية. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥ / ٤٠٦٠).

٢ - قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة فتح القدير للكمال ابن الهمام (٧ / ٥٠١).

- قال المصنف - رحمه الله - في تلييل جواز الوكالة فيما ذكره (لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال) بأن كان مريضاً أو شيخاً فانياً أو رجلاً ذا وجهة لا يتولى الأمور بنفسه (فيحتاج إلى أن يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتفٍ بالنص (فيكون) أي الإنسان (بسبيل منه) أي من التوكيل (دفعاً لحاجته) ونفياً للحرج. فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨ / ٥).

٣ - وبيان ذلك أن التوكيل بالشراء نوعان: عام وخاص فالعام: أن يقول له: اشتر لي ما شئت، أو ما رأيت، أو أي ثوب شئت، أو أي دار شئت، أو ما تيسر لك من الثياب، ومن الدواب، ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن لأنه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيع، والمضاربة.

والخاص: أن يقول: اشتر لي ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرسا أو بغلا، أو حمرا أو شاة والأصل فيه أن الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل، وإن كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦ / ٢٣).

أنواع الوكالة باعتبار محلها: تنوع الوكالة باعتبار المحل: إلى وكالة خاصة، ووكالة عامة.

أ - الوكالة الخاصة: الوكالة الخاصة هي ما كان إيجاب الموكّل فيها خاصاً بتصرف معين، كأن يوكل إنسان آخر في أن يبيع له سلعة معينة. وفي هذه الحالة لا يجوز للموكّل أن يتصرف إلا فيما وكل به، باتفاق الفقهاء.

ب - الوكالة العامة: الوكالة العامة قد تكون عامة في كل شيء، كأن يقول الموكّل للموكّل: أنت وكيلي في كل شيء، أو يقول له: أنت وكيلي في كل قليل وكثير. الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٥ / ٢٦ - ٢٧).

٤ - وأما صفتها فإنها من العقود المجازة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكّل والموكّل العزل بلا رضا الآخر. فتح القدير للكمال ابن الهمام (٧ / ٥٠١).

- وأما صفتها: فإنها من العقود المجازة الغير اللازمة حتى ملك كل واحد من الوكيل والموكّل العزل بدون صاحبه كذا في النهاية. الفتاوى المالكية ج ٣ ص ٧٦٥.

- صفة عقد الوكالة: اتفق الفقهاء على أن عقد الوكالة بغير أجر جائز غير لازم بالنسبة للعاقدين...

مطلب چهارم: شرایط وکالت:

شرایط وکالت بعضی به موکل، بعضی به وکیل و بعضی آن باز به موکل به و موکل فيه ارتباط دارد.

اول: شرایط موکل:

۱ (کسی که وکیل می‌گیرد باید عاقل باشد؛ توکیل دیوانه صحیح نیست.

۲ (موکل باید مالک آن تصرفاتی باشد که وکیل برایش می‌گیرد.

دوم: شرایط وکیل:

۱ (وکیل باید عاقل باشد تا بر عقد بفهمد، یعنی طوری که بیع یا فروش را بشناسد.

۲ (وکیل باید قصد انجام عقد را داشته باشد، نه اینکه شوخی و مسخره کند.

۳ (وکیل باید شخص معلوم و معین باشد، نه اینکه به دو نفر بگوید یکی از شما وکیل من هستید، این وکالت به دلیل جهالت صحیح نیست.

سوم: شرایط محل عقد یا موکل به:

۱ (آن اشیاء و کارهایی که وکالت بر آن صحیح می‌شود نباید از مباحات باشند؛ وکیل کردن یک شخص بر بیرون آوردن معادن روا نیست.

۲ (محل عقد (موکل به) باید ملکیت موکل باشد.

۳ (موکل به باید از آن گروهی باشد که نیابت را می‌پذیرد، پس در عبادات بدنی مانند نماز، وکیل کردن یک شخص روا نیست. (۱)

وأما الوكالة بأجر: فإن كانت على سبيل الجمالة بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل فهي غير لازمة أيضاً بالاتفاق. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥ / ١١٤٤).

۱ - يُشترط أن يكون الموكّل مُقتدياً على إيفاء الموكّل به ، بناءً عليه فلا يصحّ توكيل الصبيّ غير المميّز والمجنون ، وأما في الأمور التي هي ضررٌ محضٌ في حقّ الصبيّ المميّز ، فلا يصحّ توكيله وإن أدته الويبي ، وذلك كاهبة والصدقة ، وفي الأمور التي هي نفعٌ محضٌ يصحّ توكيله وإن لم يأذنه الويبي ، وذلك كقبول الهبة والصدقة ، وأما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المترددة بين التفع والصبر فإنّ الصبيّ مأذوناً بما فعله أن يوكّل ، وإلا فالتوكيل يُنقذ موقوفاً على إجازة وليه. المادّة (١٤٥٧).

المادّة (١٤٥٨) يُشترط أن يكون التوكيل عاقلاً ومميّزاً ، ولا يُشترط أن يكون بالغاً ، فيصحّ أن يكون الصبيّ المميّز وكبلاً وإن لم يكن مأذوناً ، ولكنّ حقوق العقد عائدة إلى موكله وليست بعائدة إليه.

المادّة (١٤٥٩) يصحّ أن يوكّل أحد غيره في الأمور التي يُقدّر على إجرائها بالذات وإيفاء واستيفاء كل حقّ متعلّق بالمعاملات. مثلاً: لو وُكّل أحد غيره بالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والإيجان والإيداع والاستيداع والهبة والإتباب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض المال ، يجوز ولكنّ يلزم أن يكون الموكّل به معلوماً. مجلة الأحكام العدلية (ص: ٢٨٢ - ٢٨٣).

– وأما الشرائط: فأنواع: بعضها يرجع إلى الموكّل، وبعضها يرجع إلى الوكيل، وبعضها يرجع إلى الموكّل به.

أما الذي يرجع إلى الموكّل:

فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه، كيف يحتمل التفويض إلى غيره؟ فلا يصح التوكيل من المجنون، والصبي الذي لا يعقل أصلاً.

وأما الذي يرجع إلى الوكيل:

فهو أن يكون عاقلاً، فلا تصح وكالة المجنون، والصبي الذي لا يعقل، لما قلنا.

(وأما الذي يرجع إلى الموكّل به:

فإنه يرجع إلى بيان ما يجوز التوكيل به، وما لا يجوز، والجملة فيه أن التوكيل لا يخلو إما أن يكون بحقوق الله – عز وجل – وهي الحدود، وإما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله – عز وجل – نوعان، أحدهما بالإثبات، والثاني بالاستيفاء، أما التوكيل بإثبات الحدود فإن كان حداً لا يحتاج فيه إلى الخصومة كحد الزنا، وشرب الخمر، فلا يتقدر التوكيل فيه بالإثبات؛ لأنه يثبت عند القاضي بالبيّنة، أو الإقرار من غير خصومة، وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف، فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز، ولا تقبل البيّنة فيهما إلا من الموكّل، وكذلك الوكيل بإثبات القصاص على هذا الخلاف.

(وأما التوكيل بحقوق العباد فنقول – وبالله التوفيق: حقوق العباد على نوعين، نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة، كالقصاص، فنقول: لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين، والعين، وسائر الحقوق، برضا الخصم، حتى يلزم الخصم جواب التوكيل. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦ / ٢٠ - ٢٢).

مطلب پنجم: عوامل پایان یافتن وکالت و بعضی مسائل مربوط به آن:

۱- عوامل پایان یافتن وکالت:

وکیل به دلایل ذیل معزول (برکنار) شده می تواند و وکالت پایان می یابد:

- ۱ (به دلیل وفات شدن یا دیوانه شدن موکل یا وکیل.
- ۲ (به دلیل مرتد شدن وکیل و ملحق شدن به دارالحرب.
- ۳ (به دلیل فسخ (از بین بردن) وکالت از طرف موکل، به این شرط که وکیل بر آن خبر باشد و حق شخص دیگری با آن ارتباط نداشته باشد.
- ۴ (به دلیل استعفا یا رها کردن وکالت از طرف وکیل.
- ۵ (به دلیل پایان یافتن (کار) موکل به که یا وکیل آن را انجام دهد و یا موکل خودش آن را انجام دهد.
- ۶ (هنگامی که آن عین (شیء مشخص) از بین برود که برای تصرف در آن وکیل گرفته شده باشد. (۱)

۲- بعضی مسائل مربوط به وکالت:

- ۱ - نوعی از وکالت نیز وجود دارد که هیچ حقوقی ندارد؛ مانند وکالت در رفت و آمد به دنبال کسی، که بدون ملازمت، هیچ حق دیگری (برای وکیل) ندارد.
- ۲ - بعضی وکالت ها طوری هستند که حقوقشان به وکیل و از بعضی دیگری آنها به موکل راجع می شود.
پس از این جهت:

أما شرط الموكل: فهو أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه، وتلزمه أحكام ذلك التصرف.
وأما شروط الوكيل: فهو:

- ۱ - أن يكون عاقلًا أي يعقل العقد بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز. أما الصبي المميز فتصح وكالته عند الحنفية سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً.
 - ۲ - ويشترط عند الحنفية أيضاً: أن يكون الوكيل قاصداً للعقد، بأن لا يكون هازلاً، وأن يعلم بالتوكيل في الجملة، فلو وكل رجلاً ببيع كتابه، فباعه الوكيل من رجل قبل أن يعلم بالوكالة، لا يجوز بيعه، حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة.
 - ۳ - أن يكون الوكيل معيناً إما بنسبة أو إشارة إليه، فلو وكل أحد رجلين لم تصح الوكالة للجهالة.
 - ۴ - وأن يكون عالماً بموكله بوصف له أو شهرة.
- وأما شروط الموكل به فهي:

- ۱ - ألا يكون الموكل فيه من الأمور المباحة: فلا يصح لإنسان أن يوكل غيره بالاحتطاب والاحتشاش واستقاء الماء واستخراج المعادن كالنحاس والرصاص والجواهر، فإذا حصل التوكيل في شيء مما ذكر فهو للوكيل، وليس للموكل فيه شيء. وهذا الشرط عند الحنفية.
- ۲ - أن يكون الموكل به مملوكاً للموكل: لأن ما لا يملكه لا يتصور تفويض التصرف به لغيره، وهذا متفق عليه.
- ۳ - أن يكون قابلاً للنيابة شرعاً: وهو كل ما تصح النيابة فيه من الأمور المالية وغيرها، فلا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (۴۰۶۳/۵ - ۴۰۶۵).

۱ - وَأَمَّا بَيَانُ مَا يُخْرَجُ بِهِ الْوَكِيلُ عَنِ الْوَكَالَةِ: فَنَقُولُ - وَيَأْتِيهِ التَّوْفِيقُ - : الْوَكِيلُ يُخْرَجُ عَنِ الْوَكَالَةِ بِأَشْيَاءَ :

- (منها) : عزل الموكل إياه وقبضه؛ لأن الوكالة عقد غير لازم، فكان ممتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان: أحدهما علم الوكيل به؛ لأن العزل فسخ للعقد، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به، كالفسخ فإذا عزله وهو حاضر انعزل. والثاني - أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير، فأما إذا تعلق بما حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق.
- (ومنها) موت الموكل؛ لأن التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا
- (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً؛ لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية الأمر.
- (ومنها) : لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة، وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة، بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده،
- (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً، فعجز الموكل، وكذا إذا وكل المأذون إنساناً، فحجر عليه.
- (ومنها) موت الوكيل لأن الموت مبطل لأهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا،
- (ومنها) : أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما إذا وكله ببيع عبده، فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا إذا استحق أو كان حر الأصل.
- (ومنها) : هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بمبته أو بتدبيره أو بكتابته، أو نحو ذلك؛ لأن التصرف في الخلق لا يتصور بعد هلاكه. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۳۶/۶ - ۳۹).

الف: هر عقدی که ضرورت نسبت دادن به موکل را نداشته باشد، نسبت دادن آن به خود صحیح می‌شود، پس حقوقش به عاقد راجع می‌شود مانند: عقد فروختن.

ب: اگر عقد طوری باشد که ضرورت به نسبت موکل را داشته باشد، حقوق وی به موکل راجع می‌شود مانند: نکاح.

ج: اگر چنان عقودی باشد، که پوره شدن آنها با قبض و به دست آوردن حاصل گردد مانند: بخشش (هبه)، قرض و غیره، نسبت این را هم به موکل می‌نمایند و حقوقش هم به او راجع می‌شود.

۳- مالی که را وکیل برای موکل قبض نماید، نامبرده در این مال امین است و این مال حکم ودیعت (امانت) را دارد، اگر بدون تجاوز هلاک (تلف) شود ضمان بالای او نیست.

۴- وکیل در وکالت مطلق، بدون اجازه موکل صلاحیت و اختیار گرفتن وکیل دیگر را ندارد.

۵ (اگر دو یا چند وکیل باشد، پس موجودیت همه آنها لازمی است، بدون اجازه یکدیگر نمی‌توانند تصرف نمایند). (۱)

۱ - قَالَ (وَإِذَا وَكَّلَ وَكَيْلَيْنِ) (فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَا بِهِ دُونَ الْآخَرَ) وَهَذَا فِي تَصَرُّفِ يَخْتِاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْحَلْقِ وَعَبْرَ ذَلِكَ. فَتَحَ الْقَدِيرُ لِلْكَمَالِ ابْنَ الْهَمَامِ (۸ / ۹۵).
- الْمَادَّةُ (۱۴۶۵) إِذَا وَكَّلَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ مَعًا بِأَمْرٍ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَحْدَهُ التَّصَرُّفُ فِي الْأَمْرِ الَّذِي وَكَّلَا بِهِ ، وَلَكِنْ إِذَا كَانَا قَدْ وَكَّلَا بِالْحُضُومَةِ ، أَوْ بَرْدِ وَدِيْعَةٍ ، أَوْ إِفَاءِ دَيْنٍ ، فَلَأَحَدِهِمَا أَنْ يُوفِيَ الْوَكَاةَ وَحْدَهُ وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِأَمْرٍ ، ثُمَّ وَكَّلَ غَيْرَهُ رَأْسًا بِذَلِكَ الْأَمْرِ فَأَيُّهُمَا أَوْفَى الْوَكَاةَ جاز. مجلة الاحكام العدلية ص: ۲۸۲.

مبحث پنجم

تعریف مضاربت، ارکان، حکم، بعضی اصطلاحات، حکمت، دلایل مشروعیت، انواع، شرایط، بعضی مسائل و عوامل پایان یافتن آن:

مطلب اول: تعریف مضاربت، حکم، ارکان، بعضی اصطلاحات و حکمت:

۱- تعریف مضاربت:

مضاربت در لغت از "ضرب فی الارض" گرفته شده است که به معنای سفر کردن در زمین است. مضاربت در اصطلاح شرع: عقدی است که در آن یک شخص (رب المال) سرمایه یا پول خود را به شخص دیگر (مضارب) می‌دهد، تا وی به وسیله سرمایه تجارت یا کسب و کار نماید، و حاصل آن میان هر دو به تناسب توافق صورت گرفته تقسیم شود، یا به عبارت دیگر این آن شرکتی است که مال از یک شخص و شخصی دیگر بالای آن تجارت می‌نماید.^(۱)

۲- ارکان مضاربت:

ارکان مضاربت ایجاب و قبول است بر آن الفاظی که به مضاربت دلالت (اشاره) نماید.^(۲)

۳- حکم مضاربت:

الف: حکم مضاربت صحیح:

برای مضاربت صحیح احکام زیادی است: ۱- که بعضی به مضارب ارتباط دارد، ۲- بعضی آن به عمل مضارب ارتباط دارد ۳- برخی از آن‌ها به آنچه مربوط می‌شوند که مضارب با انجام عمل، مستحق چه چیزی و رب المال مستحق چه چیزی می‌گردد.

۱- آن حکمی که به مضارب ارتباط دارد:

آن سرمایه و مالی که هنگام مضاربت نزد مضارب است قبل از اینکه او با آن چیزی خریداری نماید، در نزد او امانت است.

۲- احکام مربوط به عمل مضارب:

عمل مضارب از لحاظ حکم بر چهار نوع است:

اول: آن عمل مضارب است که او می‌تواند آن را بدون اینکه رب المال آن را برایش مشخص کند انجام دهد، یا برایش بگوید به دل خود کار کن، مانند در مضاربت مطلق.

دوم: آن عمل مضارب است که تا زمانی که برایش مشخص نکرده باشد، او نمی‌تواند آن را انجام دهد اگرچه از طرف رب المال برایش گفته شود که به دل خود کار کن، مانند قرض و وام دادن که مضارب نمی‌تواند آن را انجام دهد.

۱- هي (لغة: مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها. وشرعا): عقد شركة في الربح بمال من جانب (رب المال) وعمل من جانب (المضارب). الدرالمختار شرح تنويرالبصائر وجامع البحار ص ۵۴۵.

- قال: "المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين" ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين "والعمل من الجانب الآخر" ولا مضاربة بدونها؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۲۰۰).

- أما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب في الأرض، وهو السير فيها، سمي هذا العقد مضاربة؛ لأن المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لا ابتغاء الفضل. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۸۰/ ۶).

۲- وأما ركن العقد فالإيجاب والقبول، وذلك بألفاظ تدل عليهما فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ، بأن يقول رب المال: خذ هذا المال مضاربة، على أن ما رزق الله عز وجل أو أطعم الله تعالى منه من ربح، فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة، وكذا إذا قال: مقارضة أو: معاملة ويقول المضارب: أخذت أو: رضيت أو: قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۷۹- ۸۰).

سوم: آن عمل مضارب است که اگر رب المال آن را برایش مشخص هم نکند و فقط بگوید که به دل خود می توانی کار کنی! مضارب می تواند آن را انجام دهد، مانند مضاربت، شرکت و مخلوط کردن مال.

چهارم: آن عمل مضارب است که مضارب نمی تواند آن را انجام دهد اگرچه برایش آشکار هم کند، اینها آن چیزهایی هستند که با قبض آنها مضارب مالک نمی گردد و نه می تواند آنها را ببيع کند مانند شراب، خوک، حیوان مرده و غیره.

۳- آنچه رب المال مستحق آن می گردد:

اگر در مضاربت فایده باشد آن ربح (فایده) تعیین شده است و اگر در مضاربت فایده نباشد پس رب المال بر مضارب حقی هیچ چیزی را ندارد.

همین طور مضارب نیز اگر در مضاربت ربح (فایده) باشد مستحق فایده تعیین شده است که این فایده آن وقت معلوم می شود که رأس المال از میان جدا کرده شود.

ب: حکم مضاربت فاسد:

حکم مضاربت فاسد این است که مضارب هیچ نوع عملی نمی تواند انجام دهد آن عملی را که می توانست در مضاربت صحیح انجام دهد، و با این مضاربت فاسد هیچ نوع حکمی از مضاربت صحیح ثابت شده نمی تواند (نه می تواند عملی انجام دهد و نه مستحق منفعت می گردد) بلکه فقط مستحق اجرت المثل می گردد. (۱)

۴ بعضی اصطلاحات مضاربت:

۱ - وأما بيان حكم المضاربة، فالمضاربة لا تخلو إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، ولكل واحد منهما أحكام. أما أحكام الصحيحة فكثيرة:

(۱) بعضها يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة.

(۲) وبعضها يرجع إلى عمل المضارب، و ما لكل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل.

(۳) وبعضها يرجع إلى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب المال.

(أما) الذي يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة فهو رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة.

(وأما) الذي يرجع إلى عمل المضارب مما له أن يعمل بالعقد، وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن.

المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله. والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك.

وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام:

(۱) قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة إلى التنصيص عليه، ولا إلى قول: اعمل برأيتك فيه.

(۲) وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له: اعمل فيه برأيتك إلا بالتنصيص عليه.

(۳) وقسم منه ما له أن يعمل إذا قيل له: اعمل فيه برأيتك وإن لم ينص عليه.

(۴) وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وإن نص عليه.

(وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه، ولا قول: اعمل برأيتك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد، وهي ما إذا قال له: خذ هذا المال واعمل به، على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال: خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع؛ لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح، وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع إلا أن شراؤه يقع على المعروف، وهو أن يكون يمثل قيمة المشتري، أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله؛ لأنه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف، فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة، بمنزلة الوكيل بالشراء.

(وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل إلا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة، فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال، ويكون ديناً على المضارب في ماله. (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل إذا قيل له: اعمل برأيتك وإن لم ينص عليه، فالمضاربة والشركة والخلط، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره، وأن يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان، وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه، إذا قال له رب المال: اعمل برأيتك وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك، إذا لم يقل له ذلك.

(وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل أصلاً ورأساً، فشراء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه.

(وأما) الذي يستحقه رب المال، فالربح المسمى إذا كان ربح، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب، هذا كله حكم المضاربة الصحيحة.

والثاني، ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة وهو الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، وإنما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال.

(وأما) حكم المضاربة الفاسدة، فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا أن له أن يعمل في المضاربة الصحيحة، ولا يثبت بما شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة، ولا يستحق النفقة، ولا الربح المسمى، وإنما له أجر مثل عمله. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۸۷ - ۸۸) (۱۰۸).

رب المال: آن شخصی است که سرمایه خود را به مضارب (کارکننده) می‌دهد تا مضارب با آن تجارت و کار کند.
مضارب: آن شخصی است که با سرمایه داده شده تجارت می‌کند.
رأس المال: آن مال یا پولی است که برای مضاربت داده می‌شود.^(۱)

۵- حکمت مضاربت:

در دنیا تمام مردم یکسان نیستند؛ بعضی مالدار هستند اما توانایی کار کردن ندارند، یا وقت ندارند، بعضی باز طوری هستند که مال ندارند اما توانایی زحمت و کار کردن دارند. به همین مقصد اسلام به مضاربت ترغیب (تشویق) کرده است تا هم به صاحب مال فایده برسد و هم برای یک شخص غریب و بی‌بضاعت برای به دست آوردن نفقه راه هموار شود.^(۲)

مطلب دوم: دلایل مشروعیت مضاربت:

عقد مضاربت در قرآن کریم، سنت نبوی و اجماع ثابت است.^(۳)

الف: قرآن کریم:

۱- خداوند متعال فرموده است:

۱ - فصاحب المال يقال له: ربُّ المال. والعاملُ هو المضارب. عمدة الرعاية بتحشية شرح الوفاية (۶/ ۵۳).

- ربُّ المال: هو صاحب رأس المال في المضاربة. التعريفات الفقهية (ص: ۱۰۱).

- ويقال لصاحب رأس المال: رب المال، وللعامل مضارب. القاموس الفقهي (ص: ۲۲۲).

- فالدرهم والدنانير هي رأس المال. التنف في الفتاوى للسعدي (۱/ ۵۳۹).

- والنمن، يسمى: رأس المال. التعريفات (ص: ۱۲۰).

۲ - وهي مشروعة للحاجة إليها، فإن الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۲۰۰).

- وَقَالُوا فِي حِكْمَتِهَا: شُرِعَتْ لِأَنَّ الصَّرُورَةَ دَعَتْ إِلَيْهَا، حَاجَةُ النَّاسِ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِهِمْ وَتَسْمِيَتِهَا بِالتَّجَارَةِ فِيهَا، وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ، فَاضْطُرَّ فِيهَا إِلَى اسْتِنَابَةِ غَيْرِهِ، وَلَعَلَّهُ لَا يَجِدُ مَنْ يَعْمَلُ لَهُ فِيهَا بِإِجَارَةٍ، لِمَا جَزَتْ عَادَةُ النَّاسِ فِيهِ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُضَارَبَةِ، فَرُخِّصَ فِيهَا هَذِهِ الصَّرُورَةُ، وَاسْتُخْرِجَتْ بِسَبَبِ هَذِهِ الْعِلَّةِ مِنَ الْإِجَارَةِ الْمَجْهُولَةِ عَلَى نَحْوِ مَا رُخِّصَ فِيهِ فِي الْمُسَاقَاةِ. وَقَالَ الْكَاسِبِيُّ: إِنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَكُونُ لَهُ مَالٌ لَكِنَّهُ لَا يَهْتَدِي إِلَى التَّجَارَةِ، وَقَدْ يَهْتَدِي إِلَى التَّجَارَةِ، وَقَدْ يَهْتَدِي إِلَى التَّجَارَةِ لَكِنَّهُ لَا مَالَ لَهُ، فَكَانَ فِي شَرْعِ هَذَا الْعَقْدِ دَفْعُ الْحَاجَتَيْنِ، وَاللَّهُ تَعَالَى مَا شَرَعَ الْعُقُودَ إِلَّا لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ وَدَفْعِ حَوَائِجِهِمْ. الموسوعة الفقهية الكويتية (۳۸/ ۳۷-۳۸).

۳ - (أما) الأول، فالقياس أنه لا يجوز؛ لأنه استنجر بأجر مجهول بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

(أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه {وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ} {الزمر: ۲۰} والمضارب يضرب في الأرض يتبعي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى {فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله} {الجمعة: ۱۰} وقوله تعالى {ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم} [البقرة: ۱۹۸].

(وأما) السنة، فما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به دابة ذات كيد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجاز شرطه» وكذا بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك؛ والتقرير أحد وجوه السنة.

(وأما) الإجماع، فإنه روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - أنهم دفعوا مال اليتيم، مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة - رضي الله عنهم - ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعا.

وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بما فقال لهما: لو كان عندي فضل لأكرمتكما، ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما، فابتاعا به متاعا واحملا إلى المدينة وبيعا، وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر - رضي الله عنه -: هذا مال المسلمين فاجعلا رجحهم فسكت عبد الله، وقال عبيد الله: ليس لك ذلك، لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة: يا أمير المؤمنين، اجعلهما كالمضاربين في المال، لهما النصف ولبيت المال النصف فرضي به سيدنا عمر - رضي الله عنه - وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع أهل كل عصر حجة، فترك به القياس.

ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا، وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة؛ لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۷۹).

- قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ} {الزمر: ۲۰} [يَعْنِي السَّفَرَ لِلتَّجَارَةِ، وَجَوَازُ هَذَا الْعَقْدِ عَرَفَ بِالسُّنَّةِ، وَالْإِجْمَاعِ فَمِنْ السُّنَّةِ مَا رُوِيَ: أَنَّ «الْعَبَّاسَ بْنَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً شَرَطَ عَلَى الْمُضَارِبِ أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَأَنْ لَا يَنْزِلَ وَادِيًا، وَلَا يَشْتَرِي بِهِ ذَاتَ كَيْدٍ رَطْبًا، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ضَمِنَ. فَبَلَغَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ذَلِكَ فَاسْتَحْسَنَهُ.» المَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ ۲۲ ص ۱۸.

وَآخِرُونَ يَصْعَدُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ . (١)

ترجمه: و دیگران سفر می کنند در زمین طلب میکنند از فضل خدا (روزی) را. (٢)
 ٢- خداوند متعال فرموده است:

فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ . (٣)

ترجمه: پس چون ادا کرده شود نماز، پس پراکنده شوید شما در زمین و طلب میکنند از فضل خدا (٤).
 ٣- خداوند متعال فرموده است:

لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ . (٥)

ترجمه: نیست بر شما گناهی در این که می خواهید فضل (نفع) از پروردگار تان. (٦)
ب: احادیث نبوی:

١- رسول الله ﷺ فرموده ان

{عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: كَانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وادِيًا، وَلَا يَشْتَرِي بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَرَفَعَ شَرْطَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَجَازَهُ . (٧)}

ترجمه: از عبدالله بن عباس رضی الله عنه روایت است که حضرت عباس رضی الله عنه هرگاه مال را به مضاربت می داد این را بر او شرط می گذاشت که از راه دریا آن را نبرد، به دره (معدن یا جای عمیق) آن را پایین نکند، حیوان زنده بر آن نخرد، اگر این کار را کرد او ضامن و مسئول است، او شرط خود را به رسول الله صلی الله علیه و آله پیشکش کرد رسول الله صلی الله علیه و آله به او اجازه این شرط را داد.

٢- حضرت عمر رضی الله عنه مضاربت را روا دانسته که تفصیل آن در حاشیه ذیل موجود است. (٨)

٣- سنت تقریری رسول الله صلی الله علیه و آله بر آن دلالت می کند:

{بعث رسول الله - صلی الله علیه وسلم - والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقريرا لهم على ذلك؛ والتقرير أحد وجوه السنة}. (٩)

١ - سورة المزل الاية: ٢٠.

٢ تفسیر کابلی

٣ - سورة الجمعة الاية: ١٠.

٤ تفسیر کابلی

٥ - سورة البقرة الاية: ١٩٨.

٦ تفسیر کابلی

٧ - السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٨٤) رقم الحديث: ١١٦١١.

٨ - {عَنْ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ع قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعَبِيدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رضي الله عنه - فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ ، فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّ عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ ع وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ - فَرَحَّبَ بَيْنَا وَسَهَّلَ ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُنَّا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعَكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى ، هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ ، أُرِيدُ أَنْ أُبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ، فَأَسْأَلُكُمْ عَنْهُ ، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ ، ثُمَّ تَبِيعَانِيهِ بِالْمَدِينَةِ ، فَتَوَدَّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ، وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَكُمَا ، فَقَالَا: وَوَدَدْنَا ذَلِكَ ، فَفَعَلْ ، وَكُتِبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْجَحَا ، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ قَالَ: أَكُلُ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا؟ ، قَالَا: لَا ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ، فَأَسْأَلُكُمْ ، أَدَيَا الْمَالَ وَرَجَحَهُ ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَذَا ، لَوْ نَقَصَ هَذَا الْمَالَ أَوْ هَلَكَ لَضَمَّائِهِ ، فَقَالَ عُمَرُ: أَدِيَاهُ ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ ، فَقَالَ رَجُلَانِ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاصًا ، فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتَهُ قِرَاصًا ، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَبَضَفَ رِجْلَهُ ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بَضَفَ رِجْلَ الْمَالِ { الجامع الصحيح للسنن والمسائيد (٣٤/ ١٣٨) .

٩ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٧٩).

ترجمه: رسول الله ﷺ در حالی مبعوث شد که مردم عقد و معامله مضاربت را انجام می‌دادند، رسول الله ﷺ بر آنها انکار نکرد، آنها بر این معامله ثابت گذاشته شدند. که به این سنت تقریری می‌گویند و سنت تقریری یک نوع از انواع سنت‌ها است.

ج: اجماع فقها: فقها کرام بر این اجماع کرده‌اند که عقد مضاربت جائز و روا است. (۱)

مطلب سوم: انواع مضاربت و شرایط آن:

۱- انواع مضاربت:

مضاربت بر دو نوع است یکی مطلق و دیگری مقید:

مضاربت مطلق: آن است که شخصی مال خود را به نام مضاربت به شخص دیگر بدهد، کار، محل کار، صفت و آن شخصی را که با او معامله می‌کند تعیین نکند.

مضاربت مقید: آن مضاربتی است که شخصی به کسی مقدار مشخصی پول برای کار معین، مال معین، وقت معین و یا معامله کردن با یک شخص خاص بدهد. (۲)

۲- شرایط مضاربت:

شرایط عقد مضاربت بر سه نوع است:

بعضی به عقدکنندگان (رب‌المال و مضارب) ارتباط دارد، بعضی به رأس‌المال (سرمایه) ارتباط دارد و بعضی باز به ربح (فایده) ارتباط دارد:

آن شرطی که به عقدکنندگان ارتباط دارد:

رب‌المال و مضارب باید اهلیت وکالت کردن را داشته باشند (عاقل باشند).

آن شروطی که به رأس‌المال (سرمایه) ارتباط دارد:

۱ (رأس‌المال باید دراهم، دنانیر و یا پول‌های رایج باشد، کالا (عروض) نباید باشد.

۲ (رأس‌المال باید معلوم باشد، اگر مجهول باشد مضاربت صحیح نمی‌شود.

۳ (رأس‌المال باید عین باشد، دین (قرض) نباید باشد؛ اگر کسی بر شخص دیگری قرض داشته باشد و به او بگوید که با آن مضاربت کن، مضاربت صحیح نمی‌گردد.

۴ (رأس‌المال باید به مضارب سپرده شود، اگر سپرده نشود مضاربت صحیح نمی‌شود.

آن شروطی که به ربح (سود) ارتباط دارد:

۱ (اندازه سود (منفعت) باید معلوم باشد.

۲ (منفعت باید برای هر یک سهم مشاع باشد به عنوان مثال نصف، یک سوم، یک چهارم و غیره. اگر فایده برای یک جانب پول معلوم و مشخص باشد، این مضاربت صحیح نمی‌شود. (۳)

۱ - وَأَمَّا (الْإِجْمَاعُ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - أَنَّهُمْ دَفَعُوا مَالَ الْيَتِيمِ، مُضَارَبَةً مِنْهُمْ سَيِّدُنَا عُمَرُ وَسَيِّدُنَا عُثْمَانُ وَسَيِّدُنَا عَلِيٌّ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَعَبِيدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَسَيِّدَتُنَا عَائِشَةُ ؓ وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِمْ مِنْ أَقْرَابِهِمْ أَحَدٌ، وَمِثْلُهُ يَكُونُ إِجْمَاعًا. بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع ج ۶ ص ۷۹.

۲ - المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله. والمقيدة أن يعين شيئا من ذلك. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۸۷/۶).

- قال: وإن حصل له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل. قال: وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع لإطلاق العقد. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۲۰۱-۲۰۲).

۳ - وأما شرائط الركن فبعضها يرجع إلى العاقدين، وهما رب المال والمضارب، وبعضها يرجع إلى رأس المال، وبعضها يرجع إلى الربح.

مطلب چهارم: بعضی مسائل مضاربت و عوامل پایان یافتن آن:

۱- بعضی مسائل مضاربت:

مسئله: عقد مضاربت با غیر مسلمان (ذمی و مستأمن) روا است. (۱)

مسئله: در معامله مضاربت تاوان اول از ربح (سود) ادا می‌شود، هنگامی که سود ختم شود باز تاوان از رأس المال (سرمایه) داده می‌شود. (۲).

مسئله: اگر چنانچه مضارب در شهر کار می‌کند پس نفقه (هزینه زندگی) او از رأس المال نخواهد بود بلکه بر عهده خودش خواهد بود، و اگر برای مضاربت سفر کرد پس خوراک، نوشاک، کرایه سواری و [حمل] سامان از رأس المال پرداخت می‌شود. (۳).

۲- عوامل پایان یافتن مضاربت:

عقد مضاربت به دلایل ذیل پایان می‌یابد:

- ۱ (با فسخ و از بین بردن از طرف رب المال مضاربت پایان می‌یابد به شرطی که مضارب بر آن خبر باشد و مال نقد باشد.
- ۲ (هنگامی که یکی از عقدکنندگان، چه صاحب مال و چه مضارب، بمیرد.
- ۳ (یکی از عقدکنندگان دیوانه دائمی شود.
- ۴ (رب المال مرتد شود و در ارتداد بمیرد و یا قاضی حکم به ملحق شدن او به دارالحرب کند.

(أما الذي يرجع إلى العاقدين:

وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة؛ لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال، وهذا معنى التوكيل، وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة، في كتاب الوكالة ولا يشترط إسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم، والذمي والحربي المستأمن حتى لو دخل حربي دار الإسلام بأمان، فدفع ماله إلى مسلم مضاربة، أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لأن المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي، والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة، فكذلك مع الحربي المستأمن، فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز؛ لأنه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة.

(وأما الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع.

(منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينارين عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض.

(ومنها) أن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لا تصح المضاربة؛ لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

(ومنها) أن يكون رأس المال عينا لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين، فقال له: عمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف، إن المضاربة فاسدة بلا خلاف فإن اشترى هذا المضارب وبيع، له ربحه وعليه وضيعته، والدين في ذمته محال عند أبي حنيفة.

(ومنها) تسليم رأس المال إلى المضارب؛ لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم، وهو التخلية كالوديعة، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال؛ لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال ففسدت المضاربة،

(وأما الذي يرجع إلى الربح فأنواع:

(منها) إعلام مقدار الربح؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

(ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً، نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرطاً عدداً مقدراً بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز، والمضاربة فاسدة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٨١ - ٨٦).

۱ - فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم، والذمي والحربي المستأمن حتى لو دخل حربي دار الإسلام بأمان، فدفع ماله إلى مسلم مضاربة، أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لأن المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي، والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة، فكذلك مع الحربي المستأمن. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٨١).

۲ - (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح اسم للزيادة على رأس المال؛ فلا بد من تعيين رأس المال حتى تظهر الزيادة (وإذا زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب فيه)؛ لأنه أمين (وإذا كانا): أي المضاربان (قد اقتسما الربح و) بقيت (المضاربة بخالها): أي لم تفسخ (ثم هلك المال) كله (أو بعضه ترادى الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال)؛ لأن قسمة الربح قبل استيفاء رأس المال لا تصح؛ لأنه هو الأصل، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما أخذه من رأس المال؛ فوجب رده (فإن فضل شيء) بعد استيفاء رأس المال (كان بينهما). الباب في شرح الكتاب (٢/ ١٣٧).

- قَوْلُهُ (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ فَمِنْ الرِّبْحِ فَإِنْ زَادَ الْهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ لَمْ يَضْمَنْ الْمُضَارِبُ) لِكَوْنِهِ أَمِينًا سِوَاكَ كَانَ مِنْ عَمَلِهِ أَوْ لَا قَوْلُهُ (وَإِنْ قَسِمَ الرِّبْحُ وَبَقِيَ الرِّبْحُ وَبَقِيَ الرِّبْحُ فَمِنْ هَلْكَ الْمَالِ أَوْ بَعْضُهُ تَرَادَى الرِّبْحُ لِأَخْذِ الْمَالِكِ رَأْسَ مَالِهِ وَمَا فَضَلَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ نَقَصَ لَمْ يَضْمَنْ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (٧/ ٢٦٨).

۳ - قال: وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال، وإن سافر قطعاه وشرايه وكسوته وركوبه" ومعناه شراء وكراه في المال. الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٢٠٩).

۵ (هر آن چیزهایی که وکالت بر آن باطل می‌شود، با آن چیزها مضاربت هم باطل می‌گردد). (۱).

مبحث ششم

تعریف هبه، حکم، رکن، بعضی اصطلاحات، دلایل مشروعیت، شرایط، رجوع در هبه و موانع آن

مطلب اول: تعریف هبه، حکم، رکن و بعضی اصطلاحات:

۱- تعریف هبه:

هبه و هدیه در لغت به معنای بخشش و سوغات است و در شریعت، بخشیدن مال خود به ملکیت دیگری بدون هیچ‌گونه عوض را هبه گویند. (۲)

فرق میان هبه و صدقه این است که: هبه به خاطر محبت، علاقه و محکم کردن خویشاوندی به خویشاوندان، همسایگان و دوستان برای خوشحال کردن آنها داده می‌شود. و صدقه به خاطر رضای خداوند متعال خاص به فقیران، مسکینان و دیگر مستحقین زکات و صدقات به نیت ثواب داده می‌شود. (۳)

۲- حکم هبه:

حکم هبه این است که در شیء بخشیده شده برای موهوب‌له (کسی که هبه به او می‌شود) بدون عوض ملکیت ثابت می‌گردد. (۴)

۳- ارکان هبه:

۱ - تَبَطُّلُ الْمَضَارِبَةِ بِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ عِلْمَ الضَّارِبِ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الشَّرَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ بِمَالِ الْمَضَارِبَةِ وَلَا يَمْلِكُ السَّفَرُ، هَكَذَا فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ وَتَبَطُّلُ بَجْنُونٍ أَحَدِهِمَا إِذَا كَانَ مُطْبِقًا.

وَلَوْ ارْتَدَّ رَبُّ الْمَالِ فَبَاعَ الْمَضَارِبَ وَاشْتَرَى بِالْمَالِ بَعْدَ الرَّدَّةِ فَذَلِكَ كُلُّهُ مَوْفُوفٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - إِنْ رَجَعَ إِلَى الْإِسْلَامِ بَعْدَ ذَلِكَ نَفَذَ ذَلِكَ وَالتَّحَقُّقُ بِرَدِّهِ بِالْعَدَمِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِ الْمَضَارِبَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَحِقَ بَدَارُ الْحَرْبِ ثُمَّ عَادَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يُحْكَمَ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ عَلَى الزَّوَابِيَةِ الَّتِي شَرَطَ حُكْمَ الْحَاكِمِ لِلْحُكْمِ بِمَوْتِهِ وَصِرُّورِهِ مِيرَاثًا، فَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى الرَّدَّةِ أَوْ لَحِقَ بَدَارُ الْحَرْبِ وَقَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ بَطَلَتْ الْمَضَارِبَةُ مِنْ يَوْمِ ارْتِدِّهِ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - كَذَا فِي الْبَدَائِعِ. الفتاوی الهندیة (۴ / ۳۲۹).

- وأما بیان ما يبطل به عقد المضاربة:

- ۱ - فعقد المضاربة يبطل بالفسخ، وبالنهي عن التصرف، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي.
- ۲ - وتبطل بموت أحدهما؛ لأن المضاربة تشتمل على الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكمي.
- ۳ - وتبطل بجنون أحدهما إذا كان مطبقاً؛ لأنه يبطل أهلية الأمر للآمر، وأهلية التصرف للمأمور.
- ۴ - رب المال ان ارتد و قتل على الردة، أو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة... وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد، فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال، كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما... فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد، فالمضاربة على حالها في قلوبهم جميعاً.
- ۵ - وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة، وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله.. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۱۱۲).
- ۲ - (قَوْلُهُ كِتَابُ الْهَبَةِ) هِيَ لَهْوٌ التَّفَضُّلُ عَلَى الْغَيْرِ بِمَا يَنْفَعُهُ وَلَوْ غَيْرَ مَالٍ وَاصْطِلَاحًا مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ (قَوْلُهُ هِيَ تَمْلِكُ الْعَيْنَ بِأَلَا عَوْضٍ) فَخَرَجَتْ الْإِبَاحَةُ وَالْعَارِيَّةُ وَالْإِجَارَةُ وَالْبَيْعُ وَهَبَةُ الدَّيْنِ بِمَنْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ اسْتَقَاطَ وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْهَبَةِ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (۷ / ۲۸۴).
- ۳ - و فرقی بین الصدقة والهبة في الحكم. وفي الأصل سوى بينهما فقال: وكذلك الصدقة؛ لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض. ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳ / ۲۲۵). فتح القدير للكمال ابن الهمام (۹ / ۳۶).
- ووجه الفرق بين الهبة والصدقة معروف فيحتمل أن تكون الصدقة على غنيين بمنزلة الهبة والهبة من الفقيرين بمنزلة الصدقة، فتاوى قاضیخان (۳ / ۱۴۶).
- ۴ - أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لأن الهبة تملك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۱۲۷).

برای هبه تنها ایجاب رکن است، بعضی علمای کرام قبول را هم قیاساً برای هبه رکن دانسته‌اند اما استحساناً تنها ایجاب رکن است و قبول رکن نیست. در یک قول از امام زفر رحمه الله قبض هم رکن دانسته شده اما صحیح این است که قبض شرط است. (۱)

۴- بعضی اصطلاحات هبه:

واهب: بخشنده.

موهوب: مال بخشیده شده.

موهوب له: کسی که مال به او بخشیده شده باشد. (۲)

مطلب دوم: دلایل مشروعیت هبه:

هبه در قرآن کریم، احادیث نبوی و اجماع ثابت است که یک عمل برتر است:

قرآن کریم:

وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ لَفَسَا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا (۳)

ترجمه: و بدهید به زنان مهریه‌ها شان را به خوشی، پس اگر درگذرند بخوشی به شما از چیزی از مهری خود (به خوشی)، پس بخورید آن را سازگار و خوشگوار. (۴)

احادیث نبوی:

۱- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ، وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً جَارَتَهَا وَلَوْ شِقَّ فَرَسٌ شَاةً»}. (۵)

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است که رسول الله ﷺ فرمودند: به یکدیگر هدیه دهید؛ زیرا هدیه کینه‌ی سینه را از بین می‌برد، و هیچ زن همسایه‌ای نباید (هدیه به) همسایه‌اش را ناچیز شمارد، هرچند تکه‌ای از سُم گوسفند باشد

۲- {عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ}. (۶)

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است او گفته: رسول الله ﷺ هدیه را قبول می‌کرد و صدقه را نمی‌خورد.

۱ - أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركننا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل أنه يحث استحسانا وعند زفر لا يحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحث. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١١٥).

- (الهبة تصح بالإيجاب والقبول) إنما قال تصح وفي البيع يتعقد؛ لأن الهبة تتم بالإيجاب وحده وهذا لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له حيث أما البيع فلا يتم إلا بيمين جميعا حتى لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل الآخر لا يحث فلهذا استعمل لفظ يتعقد في البيع قوله (وتتم بالقبض) قال في الهداية القبض لا بد منه لثبوت المملك. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣٢٤ - ٣٢٥).

۲ - المقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة - (المادة ٨٣٣) الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله: واهب، ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإيجاب بمعنى قبول الهبة أيضا. مجلة الأحكام العدلية (ص: ١٦١).

۳ - سورة النساء الآية: ۴.

- وقال الله تعالى: { فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ لَفَسَا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا } [النساء: ۴]. وإباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة. والسنة: حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الواهب أحق بيمينه - ما لم يثبت منها» - ولأنه من باب الإحسان، وأكتساب سبب التودد بين الإخوان، وكل ذلك مندوب إليه بعد الإيمان، وإليه أشار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بقوله «تهادوا تحابوا». ثم المملك لا يثبت في الهبة بالقبض - عندنا. المبسوط للرخسي (١٢/ ٤٨).

۴ تفسیر کابلی

۵ - سنن الترمذی ت شاکر (٤/ ٤٤١) رقم الحدیث: ٢١٣٠.

۶ - سنن أبي داود ت الأرئووط (٦/ ٥٦٦) رقم الحدیث: ٤٥١٢.

۳ - {عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا} (۱).

ترجمه: از بی بی عائشه رضی الله عنہا روایت است او گفته: رسول الله صلی الله علیه و سلم هدیه را قبول می کرد و بدل آن را می داد.

۴ - رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»} (۲).

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنہ روایت است او از رسول الله صلی الله علیه و سلم روایت می کند که رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند: اگر به (خوردن) پاچه ای دعوت شوم، حتماً می پذیرم و اگر پاچه ای به من هدیه داده شود، قطعاً قبول می کنم.

۵ - رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند:

{وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ لِي جَارَيْنِ، فَإِلَى أَيِّهِمَا أُهْدِي؟ قَالَ: «إِلَى أَفْرِهِمَا مِنْكَ بَابًا»} (۳).

ترجمه: از بی بی عائشه رضی الله عنہا روایت است او گفته: من به رسول الله صلی الله علیه و سلم گفتم: ای فرستاده خدا! من دو همسایه دارم پس به کدام یکی هبه بدهم؟ رسول الله صلی الله علیه و سلم فرمود: به کسی که دروازه اش به تو بسیار نزدیک تر باشد.

۶ - رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقُولُ: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ، لَا تَخْفَرْنَ جَارَةَ جَارِحَتَا، وَلَوْ فَرَسِنَ شَاءَةً»} (۴).

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنہ روایت است او گفته: رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند: ای زنان مسلمان هیچ همسایه ای نباید هبه و هدیه به همسایه دیگر را سبک بشمارد اگرچه سوم گوسفند هم باشد.

اجماع امت:

علمای کرام امت اسلامی بر این اجماع کرده اند که تحفه و هدیه روا و یک عمل مستحب است. (۵)

مطلب سوم: شرایط هبه:

شرایط هبه بعضی خودش به رکن و ایجاب ارتباط دارد، بعضی باز به واهب و بخشنده ارتباط دارد، بعضی باز به موهوب و شیء بخشیده شده ارتباط دارد و بعضی باز به موهوب له و آن شخصی ارتباط دارد که چیزی برایش بخشیده شده باشد.

آن شرطی که به رکن (ایجاب) ارتباط دارد:

۱- این هبه نباید به چیزی بسته شده باشد که خطر وجود و عدم دارد مانند آمدن و نیامدن زید، و نه باید به وقت نسبت داده شده باشد مانند [اینکه بگوید] فلانی وقت که آمد این شیء را به تو هبه می کنم بلکه فی الحال باید تملیک باشد.

آن شرطی که به واهب و بخشنده ارتباط دارد:

۲- واهب باید اهلیت تبرع داشته باشد (عاقل و بالغ باشد) از همین رو هبه دیوانه و کودک صحیح نمی شود.

آن شروطی که به موهوب (مال بخشیده شده) ارتباط دارد:

۱) موهوب باید هنگام هبه موجود باشد، هبه معدوم (ناموجود) صحیح نمی شود.

۱ - صحیح البخاری (۱۵۷ / ۳) رقم الحدیث: ۲۵۸۵.

۲ - صحیح البخاری (۱۵۳ / ۳) رقم الحدیث: ۲۵۶۸.

۳ - صحیح البخاری (۸۸ / ۳) رقم الحدیث: ۲۲۵۹.

۴ - صحیح مسلم (۷۱۴ / ۲) رقم الحدیث: ۹۰ - (۱۰۳۰).

۵ - وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَقَدْ انْعَقَدَ عَلَى جَوَائِزِهَا وَمَشْرُوعِيَّتِهَا، بَلْ عَلَى اسْتِخْبَاطِهَا بِمَجْمِيعِ أَنْوَاعِهَا، لِمَا فِيهَا مِنَ التَّعَاوُنِ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَإِشَاعَةِ الْحُبِّ وَالتَّوَادُّ بَيْنَ النَّاسِ... ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَائِزِ الْهَبَةِ. الموسوعة الفقهية الكويتية (۷ / ۱۱۱). (۴۲ / ۱۲۱).

- الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام: "تهادوا تحابوا" وعلى ذلك انعقد الإجماع "وتصح بالإيجاب والقبول والقبض" أما الإيجاب والقبول فالأهنة عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك. وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة" والمراد نفي الملك، لأن الجواز بدون ثبوت، ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به، وهو التسليم فلا يصح. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳ / ۲۲۲).

- ۲) مال متقوم باید باشد، از این رو هبه شراب، حیوان مرده، انسان آزاد، شکار حرم، خون جاری صحیح نمی‌شود.
- ۳) فی نفسه (ذاتاً) باید مملوک باشد، از این رو هبه مباحات صحیح نمی‌شود.
- ۴) در ملک واهب باید باشد، از این رو هبه مال شخص دیگر بدون اجازه او صحیح نمی‌شود.
- ۵) مال معلوم و جدا شده باید باشد، از این رو هبه مال مشاع و غیر معلوم صحیح نمی‌شود.
- ۶) موهوب نباید بر غیر موهوب مشغول باشد مانند خانه را هبه کند اما در خانه سامان (لوازم) باشد.
- ۷) موهوب نباید با غیر موهوب به اعتبار اجزاء متصل باشد مانند زمین را هبه کند و در زمین درختان و یا کشت (زراعت) باشد.

آن شرطی که به موهوب له ارتباط دارد:

۱- موهوب له باید موهوب را قبض کرده باشد، هبه مال غیر مقبوض تکمیل نمی‌شود. (۱)

مطلب چهارم: رجوع در هبه و موانع آن:

- ۱- رجوع در هبه: رجوع کردن در هبه جائز اما مکروه است، باید بعد از هبه کردن، هبه کننده از هبه خود برنگردد و در هبه رجوع نکند. (۲)

- ۱- وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الواهب وبعضها يرجع إلى الموهوب وبعضها يرجع إلى الموهوب له.
- ۱- (أما) الأول فهو أن لا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدمو خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر كذا لأن الهبة تملك العين للحال وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع.
- ۲- (وأما) ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع ولأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعناق وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ولأنه لا يقابله نفع دنيوي وقد قال الله عز شأنه ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ۱۵۲] ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله - عليه الصلاة والسلام - «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وقوله - عليه الصلاة والسلام - «من لا يرحم صغيرنا فليس منا» ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة.
- (وأما) ما يرجع إلى الموهوب فأنواع:
- ۳- (منها) أن يكون موجوداً وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك .
- ۴- (ومنها) أن يكون مالا متقوماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالخمر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك.
- ۵- (ومنها) أن يكون مملوكاً في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال.
- ۶- (ومنها) أن يكون مملوكاً للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك.
- ۷- (ومنها) أن يكون محوزاً فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجزو فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدين ونحوها وهذا عندنا.
- ۸- (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الموهوب له لأن القابض والمقبوض من الأسماء الإضافية والعلقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده إلى كل واحد منهما في صناعة الترتيب.
- ۹- (ومنها) أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد.
- ۱۰- (ومنها) أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع أو شجراً عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۱۱۸ / ۶ - ۱۲۵).
- ۲- لكن يكره الرجوع في الهبة لأنه من باب الدناءة. وللموهوب له أن يمتنع عن الرد. تحفة الفقهاء (۱۶۶ / ۳).
- (ويكره) أي الرجوع تحريماً؛ لأن الإمام الزاهد قد وصف الرجوع بالقبح، وكذا الحدادي وكثير من الشارحين ولا يقال للمكروه تنزيهاً قبيح؛ لأنه من قبيل المباح أو قريب منه كما في المنع. مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (۳۶۰ / ۲).
- (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما إلخ) لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء. العناية شرح الهداية (۴۵ / ۹).
- [لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي] م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ولا يصح الرجوع) ش: أي في الهبة م: (إلا بتراضيهما) ش: أي بتراضي الواهب والموهوب له م: (أو بحكم الحاكم) ش: أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصباً، ولو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له. البنائة شرح الهداية (۱۰ / ۱۹۹).

۲- موانع رجوع در هبه: در هفت جا که در حروف (دمع خزقه) به آن اشاره شده است، حق رجوع از بین می‌رود که در هبه باز رجوع کرده نمی‌تواند:

د: زیادت متصله: مانند خانه در آن بسازد، باغ در آن بنشانند و به این مانند تصرفات دیگر در آن بکند.

م: موت (مرگ): یکی از متعاقدين بمیرد باز هم رجوع کرده نمی‌تواند.

ع: عوض: از موهوب و شیء بخشیده شده عوض (بدل) بدهد باز هم واهب رجوع کرده نمی‌تواند.

خ: خروج: اگر شیء هبه شده از ملک موهوب‌له بیرون شود باز هم واهب رجوع کرده نمی‌تواند.

ز: زوجیت (زن و شوهری): همین طور علاقه زوجیت هم مانع از رجوع در هبه است، زیرا این یک صله و احسان است و با رجوع این به این علاقه صدمه می‌رسد.

ق: قرابت (خویشاوندی): همین طور اگر کسی به خویشاوند ذی رحم محرم خود هبه کرد، در آن رجوع نمی‌کند، زیرا که رجوع در هبه باعث قطع صله رحمی می‌گردد.

ه: هلاک: در صورتیکه شیء بخشیده شده در ملک موهوب‌له هلاک (تلف) شود، باز هم رجوع کردن صحیح نیست؛ زیرا که آن شیء از بین رفته در چه چیزی رجوع کند؟ (۱)

مسئله:

دادن به اولاد و مساوات میان آنها:

– (يَصِحُّ الرَّجُوعُ فِيهَا) أَي فِي الْهَبَةِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَلَوْ مَعَ إِسْقَاطِ حَقِّهِ مِنَ الرَّجُوعِ بِأَنْ قَالَ: أَسْقَطْتُ حَقِّي مِنَ الرَّجُوعِ (كُلًّا أَوْ بَعْضًا) مَا لَمْ يَمْنَعْ مَانِعٌ مِنَ الْمَوَانِعِ الْآتِيَةِ... وَلَنَا قَوْلُهُ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُنَبِّ عَنْهَا» أَي مَا لَمْ يُعَوِّضْ، وَالْمُرَادُ بِهِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ هَبَةً حَقِيقَةً قَبْلَهُ فَلِهَذَا قَبِلْنَا بَعْدَ الْقَبْضِ. مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۵۹).
– (ويصح) لمن وهب هبة لأجنبي (الرُّجُوعُ عَنْهَا بِرِضَا أَوْ حُكْمٍ قَاضٍ) لکن بکراهة. وقال مالك والشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه: لا يصح الرجوع في الهبة إلا للوالد فيما وهب لولده. لم: ما روى أصحاب السنن الأربعة. وقال الترمذي: حديث حسن. عن ابن عباس وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطيته (أو يهب هبة) فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي لولده. ومثل الذي يعطي عطيته ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع فاء ثم عاد في قبته». وما رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث أبي هريرة، وابن عباس، وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «العائد في هبته كالعائد في قبته»...

ولنا: ما روى ابن ماجه من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الرجل أحق بهبته ما لم يُنَبِّ منها»، أي لم يعوض عنها. وأخرجه الدارقطني في «سننه»، وابن أبي شيبة في «مصنفه»، ورواه الحاكم في «مستدرکه» من حديث ابن عمر قال: صحیح علی شرط الشيخین. ورواه الطبرانی في «معجمه» من حديث ابن عباس، ولفظه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يُنَبِّ منها، فإن رجع في هبته فهو كالذي بقيء ثم يأكل قبته». وما روى عبد الرزاق في «مصنفه» عن سفيان، عن منصور، عن إبراهيم قال: قال عمر: من وهب هبة لذي رحم، فليس له أن يرجع فيها. ومن وهب لغير ذي رحم، فله أن يرجع فيها إلا أن يُنَابَّ منها. فتح باب العناية بشرح النقاية (۴/ ۲۲۵).

– (قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ بِرِضَائِهِمَا أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ) لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ فِي أَصْلِهِ وَهِيَ فِي حُصُولِ الْمَقْضُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الْفَضْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالْقَضَاءِ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (۷/ ۲۹۱ – ۲۹۴).

۱ – (قَوْلُهُ وَنَبِّ الرَّجُوعِ دَمْعُ خَزَقِهِ) أَي وَمَنَعَ الرَّجُوعِ فِي الْمَوْهُوبِ الْمَوَانِعَ السَّبْعَةَ الَّتِي تَفْصِيلُهَا (قَوْلُهُ فَالِدَالُ الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالْعُرْسِ وَالْبِنَاءِ وَالسَّمْنِ).

(قَوْلُهُ وَالْمِيمُ مَوْتٌ أَحَدُ الْمُتَّعَاقِدِينَ) يَعْنِي حَرْفَ الْمِيمِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ مَوْتَ أَخْدِيهَا مَانِعٌ إِذَا كَانَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ.

(قَوْلُهُ وَالْعَيْنُ الْعَوَّضُ فَإِنْ قَالَ حُذِّهِ عَوَّضٌ هَبْتِكَ أَوْ بَدَلَهَا أَوْ بِمَقَابِلَتِهَا فَحَبْصَةُ الْوَاهِبِ سَقَطَ الرَّجُوعُ) لِمَا تَقَدَّمَ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَوْلِهِ مَا لَمْ يُنَبِّ عَنْهَا وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ حُذِّهِ إِلَى آخِرِهِ إِلَى أَنَّ الشَّرْطَ فِي كَوْنِهِ عَوَّضًا أَنْ يَذْكَرَ لَفْظًا يَعْلَمُ الْوَاهِبُ أَنَّهُ عَوَّضٌ.

(قَوْلُهُ وَالْحَاءُ خُرُوجُ الْهَبَةِ عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ) أَي حَرْفُ الْحَاءِ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْوَاهِبِ فَلَا يَنْقُضُهُ وَلِأَنَّهُ تَجَدَّدَ الْمِلْكُ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ وَهُوَ كَتَجَدُّدِ الْعَيْنِ بِدَلِيلِ قِصَّةِ بَرِيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(قَوْلُهُ وَالرَّايُ الرَّوْجِيَّةُ) أَي الرَّوْجِيَّةُ مَانِعَةٌ مِنَ الرَّجُوعِ لِأَنَّ الْمَقْضُودَ فِيهَا الصَّلَةُ أَي الْإِحْسَانُ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ.

(قَوْلُهُ وَالْقَافُ الْقَرَابَةُ فَلَوْ وَهَبَ لِذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَا يَرْجِعُ) لِجَدِيثِ الْحَاكِمِ مَرْفُوعًا «إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا» وَصَحَّحَهُ وَقَالَ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَمَفْهُومُ شَرْطِهِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ لِغَيْرِ مَحْرَمٍ فَلَهُ الرَّجُوعُ.

(قَوْلُهُ وَالْهَاءُ الْهَلَاكُ) يَعْنِي: هَلَاكُ الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ مَانِعٌ وَأَمَّا هَلَاكُ أَحَدِ الْعَاقِدِينَ فَقَدْ قَدَّمَ لِتَعَدُّلِ الرَّجُوعِ بَعْدَ الْهَلَاكِ (قَوْلُهُ فَلَوْ ادَّعَاهُ صَدَقَ) أَي لَوْ ادَّعَى الْمَوْهُوبُ لَهُ هَلَاكَ الْمَوْهُوبِ يُصَدِّقُ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَوْجُوبِ الرِّدِّ عَلَيْهِ.

(وَيَمْنَعُ مِنْهُ) أَي مِنَ الرَّجُوعِ (خُرُوفٌ دَمْعُ خُرُوقَةٍ) أَخَذَهَا مِنْ نَبَّتِ شَعْرٍ قَبْلَ فِيهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ – وَمَانِعٌ عَنِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ... يَا صَاحِبِي خُرُوفٌ دَمْعُ خُرُوقَةٍ. مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۶۰).

عدالت در هبه دادن به اولاد:

والدین باید در سلوک کردن، پرورش دادن و دادن (هبه) میان اولاد خود عدالت را رعایت نمایند، زیرا که شریعت اسلامی در این باره بسیار تأکید کرده است.

این طور نه که یکی خوب پرورش داده شود و دیگری محروم باشد؛ یکی این که این تقاضای عدل است که خداوند متعال بر آن راضی می‌گردد و دیگر این که در این حکمت و مصلحت است که اگر یکی پرورش داده شود و دیگری محروم باشد پس میان آنها کینه و بغض به میان خواهد آمد که کینه و بغض نیکی را از بین می‌برد. (۱).

۱- وَلَوْ وَهَبَ رَجُلٌ شَيْئًا لِأَوْلَادِهِ فِي الصَّحَّةِ وَأَرَادَ تَفْصِيلَ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ فِي ذَلِكَ لَا رَوَايَةَ هُنَا فِي الْأَصْلِ عَنْ أَصْحَابِنَا، وَرَوَى عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ التَّفْصِيلُ لِرِيَاذَةِ فَضْلٍ لَهُ فِي الدِّينِ، وَإِنْ كَانَ سِوَاءَ بِكْرِهِ وَرَوَى الْمُعَلَّى عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الْإِضْرَارَ، وَإِنْ قَصَدَ بِهِ الْإِضْرَارَ سَوَى بَيْنَهُمْ يُعْطَى الْإِبْنَةَ مِثْلَ مَا يُعْطَى لِلْبَنِّ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى هَكَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ وَهُوَ الْمُخْتَارُ، كَذَا فِي الظَّهْرِيَّةِ. الفناوی الهندية (۴ / ۳۹۱).

مبحث هفتم

تعریف ودیعت، تفاوت آن با امانت، بعضی اصطلاحات، رکن، حکم، دلایل مشروعیت و شرایط آن

مطلب اول: تعریف ودیعت، تفاوت آن با امانت، بعضی اصطلاحات، رکن و حکم آن:

۱- تعریف ودیعت:

ودیعت در لغت به معنای ترک و رها کردن است. یعنی گذاشتن یک شیء نزد شخص دیگر به خاطر نگهداری را ودیعت می گویند.

در اصطلاح شرع: مسلط کردن شخص دیگر بر مال خود صریحاً یا دلالتاً برای حفاظت و نگهداری، ودیعت نامیده می شود. (۱).

۲- تفاوت میان امانت و ودیعت:

بعضی علمای کرام می گویند ودیعت و امانت هر دو الفاظ مترادف هستند، اما بعضی باز می گویند که امانت عام و ودیعت خاص است، ودیعت که قصداً چیزی نزد کسی به امانت گذاشته می شود، و امانت اگر کدام مالی بدون قصد و اراده هم به دست کسی برسد امانت به آن گفته می شود. مانند کسی در راه چیزی پیدا کند و یا هم از خانه همسایه چیزی باد به خانه او ببیندازد، به این امانت گفته می شود اما ودیعت نیست. (۲)

۱ - الْوَدِيعَةُ مَا يُتْرَكُ عِنْدَ الْأَمِينِ، كَذَا فِي الْكَنْزِ. الْفَتَاوَى الْعَالَمِيَّةُ الْهِنْدِيَّةُ ص ۳۳۸ - كِتَابُ الْوَدِيعَةِ.

- الْوَدِيعَةُ: هِيَ مُتَّكِفَةٌ مِنَ الْوَدْعِ وَهُوَ التَّرْكُ قَالَ الشَّاعِرُ

سَلْ أَمِيرِي مَا لَدِي غَيْرُهُ ... عَنْ وَصَالِي الْيَوْمِ حَتَّى وَدَعَهُ أَيَّ تَرَكَهُ.

وَفِي الشَّرْحِ عِبَارَةٌ عَنْ تَرَكَ الْأَعْيَانِ مَعَ مَنْ هُوَ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْحِفْظِ مَعَ بَقَائِهَا عَلَى حُكْمِ مَلِكِ الْمَالِكِ. الْجَوْهَرَةُ النَّبْرَةُ عَلَى مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ (۱/ ۳۴۶).

- وَهِيَ فِي اللَّغَةِ مُتَّكِفَةٌ مِنَ الْوَدْعِ وَهُوَ التَّرْكُ وَفِي الشَّرِيعَةِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ (قَوْلُهُ الْإِبْدَاعُ هُوَ تَسْلِيْطُ الْغَيْرِ عَلَى حِفْظِ مَالِهِ) يَغْنِي صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً. الْبَحْرُ الرَّائِقُ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ وَمِنِحَةُ الْخَالِقِ وَتَكْمِلَةُ الطُّورِيِّ (۷/ ۲۷۳).

- (هِيَ) لَعْنَةٌ: فَعِيْلَةٌ مَعْنَى الْمَفْعُولَةِ، مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْوَدْعِ وَهُوَ التَّرْكُ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «لَيْسَتْ هِيَ قَوْمٌ عَنْ وَدْعِهِمْ الْجَمَاعَاتُ» أَي عَنْ تَرْكِهَا، وَقُرِئَ قَوْلُهُ تَعَالَى: «مَا وَدَعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى»، بِتَخْفِيفِ الدَّالِ، أَي مَا تَرَكَكَ وَمَا أَبْغَضَكَ.

وَشَرْحًا: (أَمَانَةٌ تُرِكَتْ لِلْحِفْظِ) مَا لَمْ يَكُنْ أَوْ غَيْرِهِ، بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِإِثْبَاتِ الْيَدِ لِيُمْكِنَ حِفْظُهُ، حَتَّى لَوْ وُدِعَ الْآبِقُ أَوْ الْمَالُ السَّاقِطُ فِي الْبَحْرِ لَمْ تَصِحْ. وَكَوْنِ الْمَوْدَعِ مُكَلَّفًا، لَوْجِبَ الْحِفْظُ عَلَيْهِ. فَتَحَ بَابِ الْعِبَايَةِ بِشَرْحِ النِّقَايَةِ (۵/ ۱۶).

- الْوَدِيعَةُ فَعِيْلَةٌ مَعْنَى مَفْعُولَةٌ. أَه. مِصْبَاحُ (قَوْلُهُ وَالْمَوْدَعُ الشَّيْءُ الْمَتْرُوكُ) قَالَ فِي الْمَغْرِبِ يُقَالُ أَوْدَعْتُ زَيْدًا مَالًا وَاسْتَوْدَعْتُهُ إِيَّاهُ إِذَا دَفَعْتَهُ إِلَيْهِ لِيَكُونَ عِنْدَهُ فَأَنَا مَوْدَعٌ وَمُسْتَوْدَعٌ بِالْكَسْرِ وَزَيْدٌ مَوْدَعٌ وَمُسْتَوْدَعٌ بِالْفَتْحِ وَالْمَالُ مَوْدَعٌ وَمُسْتَوْدَعٌ أَيضًا أَي وَدِيعَةٌ أَه. تَبْيِيْنُ الْحَقَائِقِ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ وَحَاشِيَةُ الشُّلْبِيِّ (۵/ ۷۶).

- الْمُقَدِّمَةُ: فِي بَيَانِ الْإِصْطِلَاحَاتِ الْفَقْهِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْأَمَانَاتِ

(الْمَادَّةُ: ۷۶۳): الْوَدِيعَةُ هِيَ: الْمَالُ الَّذِي يُوَضَعُ عِنْدَ شَخْصٍ بِقَصْدِ الْحِفْظِ.

(الْمَادَّةُ: ۷۶۴) الْإِبْدَاعُ: هُوَ وَضْعُ الْمَالِكِ مَالَهُ عِنْدَ آخَرَ حِفْظِهِ.

وَيُسَمَّى الْمُسْتَحْفِظُ مَوْدَعًا-بِكَسْرِ الدَّالِ- وَالَّذِي يَقْبَلُ الْوَدِيعَةَ: وَدِيعًا، وَمُسْتَوْدَعًا يَفْتَحُ الدَّالِ. مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (ص: ۱۴۴- ۱۴۵).

قال: "الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها" لقوله عليه الصلاة والسلام: "ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان" ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمنه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم.

قال: "وللمودع أن يحفظها بنفسه ومن في عياله" لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به "فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن" لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع في حرز غيره إبداع، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بجز نفسه.

قال: "إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف العرق فيلقبها إلى سفينة أخرى" لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فبترتبه المالك، ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإبداع.

قال: "فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها" لأنه متعبد بالمنع، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بإمسأكه بعده فيضمنه بحبسه عنه. الهداية في شرح بداية المبتدي (۳/ ۲۱۳).

۲ - وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْوَدِيعَةِ وَالْأَمَانَةِ أَنَّ الْوَدِيعَةَ هِيَ الْإِسْتِحْفَاطُ قَصْدًا وَالْأَمَانَةُ هِيَ الشَّيْءُ الَّذِي وَقَعَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ بَائِنِ الْقَتْلِ الرَّيْحِ تَوْبًا فِي جِجْرِهِ. الْجَوْهَرَةُ النَّبْرَةُ عَلَى مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ (۱/ ۳۴۶).

۳- بعضی اصطلاحات:

مودع: با کسره دال به امانت دهنده می گویند.

مودع یا مستودع: با فتحه دال به امانت گیرنده می گویند.

ایداع: به آن کار و عملی گفته می شود که مالک مال، مال خود را نزد کسی به امانت بگذارد. (۱)

۴- رکن ودیعت:

رکن ودیعت ایجاب و قبول است به این ترتیب که مودع (امانت دهنده) بگوید، این شیء را من به تو به ودیعت یا برای

نگهداری سپردم و مودع (امانت گیرنده) بگوید من قبول کردم. (۲)

۵- حکم ودیعت:

ودیعت در دست مستودع و مودع امانت است؛ اگر خودش هلاک یا گم شود، در نگهداری ودیعت از عملکرد، تعدی

(بی احتیاطی) و یا قصور (کوتاهی) مودع و مستودع چیزی تأثیر نداشته باشد و هنگام خواستن مودع آن را منع نکرده باشد،

ضمان (جبران خسارت) بر او لازم نمی گردد. (۳)

مطلب دوم: دلایل مشروعیت ودیعت:

ودیعت با قرآن کریم، احادیث نبوی و اجماع ثابت است. (۴)

– (وهي) أي الوديعة (أمانة) الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص؛ لأن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال: الإنسان حيوان ولا يقال:

الحيوان إنسان فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة ما يقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح بتوب إنسان وألقته في حجر غيره. مجمع الأعراب في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۳۸).

– أن الأمانة أعم من الوديعة؛ فالأمانة تشمل الوديعة وغيرها من الصور التي لا ضمان فيها كالعارية؛ فكل وديعة أمانة، وليس كل أمانة وديعة. ((البنية)) للعيني (۱۰/ ۱۰۶)، ((حاشية ابن عابدين)) (۶۶۲/۵).

– (المادة ۷۶۲) الأمانة: هي الشيء الموجود عند الأمين. سواء أ جعل أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار. أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد. كما لو ألقى الريح في دار أحد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل أمانة فقط.

۱ – (المادة: ۷۶۳) : الوديعة هي: المال الذي يوضع عند شخص بقصد الحفظ.

(المادة ۷۶۴) الإيداع: هو وضع المالك ماله عند آخر حفظه. ويسمى المستحفظ مودعاً - بكسر الدال - والذي يقبل الوديعة: وديعاً، ومستودعاً - بفتح الدال - . مجلة الأحكام العدلية (ص: ۱۴۴ - ۱۴۵).

– (قوله والمودع الشيء المتروك) قال في المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر ويبد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضاً أي وديعة اه. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (۵/ ۷۶).

۲ – (أما) ركنه: فهو الإيجاب والقبول، وهو: أن يقول لغيره: أودعتك هذا الشيء، أو احفظ هذا الشيء لي، أو خذ هذا الشيء وديعة عندي، وما يجري مجراه، ويقبله الآخر، فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۲۰۷).

– ورکنها الإيجاب صريحا كقوله: أودعتك هذا المال أو كناية كما لو قال الرجل: أعطني ألف درهم أو قال رجلان: أعطيتك فقال: أعطيتك فهذا على الوديعة كما في الممنوع أو فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئا فهو إيداع أما لو قال: لم أقبله لم يضمن بالهلاك؛ لأن الدلالة لا يعارض بالصريح، والقبول من المودع صريحا كقوله: قبلتها ونحوه، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يدي لما قال في الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع. مجمع الأعراب في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۳۷).

۳ – الوديعة أمانة بيد المستودع بناء عليه إذا هلك أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتفصيره في الحفظ لا يلزم الضمان. مجلة الأحكام العدلية (ص: ۱۴۸) (المادة ۷۷۷).

– وحكمها وجوب الحفظ، وصيرورة المال أمانة في يده ووجوب أدائه عند طلب مالكيه. مجمع الأعراب في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۳۸).

– (وحكمها وجوب الحفظ على المودع وصيرورة المال أمانة عنده). درر الحكام شرح غرر الأحكام (۲/ ۲۴۵).

– وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء التفصير في الحفظ وخلطها بماله ومنعها من مالكيها بعد الطلب. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (۵/ ۷۷).

– فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله: – عليه الصلاة والسلام – «المسلمون عند شروطهم». بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۲۰۷).

۴ – وشريعته الإيداع بقوله تعالى {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء: ۵۸] وأداء الأمانة لا يكون إلا بغيرها وبالسننة؛ لأنه – عليه الصلاة والسلام – كان يودع ويستودع وبالإجماع على أن قبول الوديعة من باب الإعانة، وهي مندوبة لقوله تعالى {وتعاونوا على البر والتقوى} [المائدة: ۲] وقوله – عليه السلام – «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» (وهي أي الوديعة (أمانة) الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص؛ لأن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال: الإنسان حيوان ولا يقال:

قرآن کریم:

۱- خداوند متعال فرموده است:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا. (۱)

ترجمه: هر آینه خدا امر می کند به شما، که ادا کنید شما امانت‌ها را به اهل آن. (۲)

۲- خداوند متعال فرموده است:

وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رِعُونَ. (۳)

ترجمه: و آنان که ایشان امانت‌های خود و عهده‌های خود رعایت کنندگان. (۴)

۳- خداوند متعال فرموده است:

إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ. (۵)

ترجمه: هر آینه الله دوست نمیدارد هر خاین ناسپاس. (۶)

احادیث نبوی:

۱- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

«وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ». (۷)

ترجمه: خداوند متعال در کمک بنده است تا زمانی که بنده در کمک برادر مسلمان خود باشد.

۲- رسول الله ﷺ فرموده‌اند

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا أُوْتِمِنَ خَانَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ»}. (۸)

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است او گفته: رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده‌اند: نشانه‌های منافق سه تا است، هنگامی که صحبت می کند دروغ می گوید، هنگامی که امانت به او سپرده شود خیانت در آن می کند و هنگامی که وعده کند مخالفت از آن می کند.

۳- رسول الله ﷺ فرموده‌اند:

{عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «... وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ»}. (۹)

ترجمه: از عبدالله بن مسعود رضی الله عنه روایت است او گفته: رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده‌اند: و حرام بودن مال مسلمان مانند حرام بودن خون مسلمان است.

الْحَيَوَانُ إِنْسَانٌ فَالْوَدِيعَةُ هِيَ الْإِسْتِخْفَاطُ قَصْدًا وَالْأَمَانَةُ مَا يَقَعُ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ بِأَنْ هَبَّتِ الرِّيحُ بِقُوبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي حَجَرٍ غَيْرِهِ، وَفِي الْوَدِيعَةِ يَبْرَأُ عَنِ الصَّمَانِ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوَفَاقِ، وَفِي الْأَمَانَةِ لَا يَبْرَأُ بَعْدَ الْخِلَافِ كَمَا فِي النَّهَائَةِ وَالْكَفَايَةِ. مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (۲/ ۳۳۸).

۱ - سورة النساء الآية: ۵۸.

۲ تفسیر کابلی

۳ - سورة المؤمنون الآية: ۸.

۴ تفسیر کابلی

۵ - سورة الحج الآية: ۳۸.

۶ تفسیر کابلی

۷ - صحيح مسلم (۴/ ۲۰۷۴) رقم الحديث: ۳۸ - (۲۶۹۹).

۸ - صحيح البخاري (۱/ ۱۶) رقم الحديث: ۳۳.

۹ - {مسند أحمد ط الرسالة (۷/ ۲۹۶) رقم الحديث: ۴۲۶۲}.

۴- رسول الله ﷺ فرموده است:

{عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَدُّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تُخَنَّ مِنْ خَانَكَ»} (۱)

ترجمه: از ابوهریره رضی الله عنه روایت است او گفته: رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده اند: امانت خود را به کسی بده که او را امین دانسته ای و به کسی که با تو خیانت کرده، خیانت مکن.

اجماع امت: علمای امت بر این اجماع نموده اند که ودیعت یک عمل روا و جایز اس.. (۲).

مطلب سوم: شرایط ودیعت:

مال باید طوری باشد که تحت تصرف و اختیار درآید؛ بنابر این سپردن مال به عنوان ودیعت در مواردی چون غلام فراری، پرنندگان در هوا و مال غرق شده در دریا، صحیح نمی باشد.

مودع و مودع باید هر دو عاقل باشند، دادن و قبول کردن ودیعت از طرف دیوانه و کودک غیر عاقل صحیح نمی شود. (۳)

۱ - سنن أبي داود (۳ / ۲۹۰) رقم الحديث: ۳۵۳۵.

۲ - وبالإجماع على أن قبول الوديعة من باب الإعانة، وهي مندوبة لقوله تعالى {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى} [المائدة: ۲] وقوله - عَلَيْهِ السَّلَامُ - «وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ». مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (۲ / ۳۳۸).

۳ - وَأَمَّا شُرَائطُهَا فَأَنْوَاعٌ:

مِنْهَا كَوْنُ الْمَالِ قَابِلًا لِإثْبَاتِ الْيَدِ عَلَيْهِ: حَتَّىٰ لَوْ أُوْدِعَ الْأَبْقَ وَالطَّيْرَ الَّذِي هُوَ فِي الْمَوَاءِ وَالْمَالِ السَّاقِطُ فِي الْبَحْرِ لَا يَصِحُّ، كَذَا فِي الْبَحْرِ الرَّائِقِ وَمِنْهَا عَقْلُ الْمُوْدِعِ: فَلَا يَصِحُّ قَبُولُ الْوُدِيْعَةِ مِنَ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ. الفتاوى الهندية (۴ / ۳۳۸).

- وَأَمَّا شُرَائِطُ الرِّكْنِ فَأَنْوَاعٌ: (منها) عقل المودع، فلا يصح الإيداع من المجنون، والصبي، الذي لا يعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية. (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون، والصبي الذي لا يعقل؛ لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶ / ۲۰۷).

- ثُمَّ شَرْطُ الْوُدِيْعَةِ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَيْهَا عِنْدَ الْإِسْتِحْقَاقِ. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (۵ / ۷۶).

مبحث هشتم

تعریف مزارعت، رکن، حکم، دلایل مشروعیت، شرایط و عوامل فسخ آن

مطلب اول: تعریف مزارعت، رکن و حکم:

۱- تعریف مزارعت:

مزارعت به معنای کشت یا دهقانی است و در اصطلاح فقها به عقدی گفته می‌شود که صاحب زمین با دهقان بر سر یک سهم معلوم (نصف، یک سوم، یک چهارم، یک ششم) از محصولات منعقد می‌کند.^(۱)

۲- رکن مزارعت:

رکن مزارعت (دهقانی) ایجاب و قبول است.^(۲)

۳- حکم مزارعت:

امام ابوحنیفه رحمه الله عقد مزارعت را باطل دانسته و صاحبین آن را به هفت صورت نشان داده‌اند که سه تای آن روا و دیگرش باطل است. به شرح ذیل:

صورت‌های جواز:

الف: که تخم از صاحب زمین و قلبه از دهقان باشد.

ب: که تخم، قلبه و کار از دهقان باشد و تنها زمین از صاحب زمین باشد.

ج: که زمین، تخم، و قلبه از صاحب زمین باشد و عمل از دهقان باشد.

این سه صورت فوق‌الذکر هر سه روا (جائز) هستند.

صورت‌های بطلان:

الف: این است که زمین و تخم از یک طرف باشد، گاوها و عمل از طرف دیگر باشد، این نوع مزارعت در ظاهر الروایت ناروا (باطل) است.

ب: این است که تخم و گاوها از یک طرف باشد، زمین و عمل از طرف دیگر باشد، این نوع مزارعت هم ناروا است.

ج: این است که تخم از یک طرف باشد و دیگر باقی همه از طرف دیگر باشد، این نوع مزارعت هم ناروا است.

د: این است که همه با هم شریک شوند، زمین از یک شخص باشد، تخم از شخص دیگر باشد، گاوها از شخص دیگر باشد، و عمل از شخص دیگر باشد، این نوع مزارعت هم ناروا است.

در هفت صورت تنها سه صورت اول روا هستند، دیگرش باطل و ناروا هستند. در مورد صورت‌های جائز و ناجائز مزارعت یک شعر در بدین گونه است:

«زمین تنها عمل تنها زمین با تخم ای عاقل - دیگر باقی همه ناجائز و باطل».^(۳)

^۱ - فالمزارعة في اللغة: مفاعلة من الزرع، وهو الإنبات.

وفي عرف الشرع: عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه له شرعا. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۱۷۵).

- أما الأول فنقول المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ببغض الخارج. تحفة الفقهاء (۳/ ۲۶۳).

^۲ - وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والقبول، وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل: دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا، ويقول العامل: قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدنا تم العقد بينهما. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۱۷۶).

^۳ - وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق: المزارعة أنواع:

دارد که برای جواز باشد و این احتمال را هم دارد که محل اجتهاد باشد پس بر جواز دلالت نمی‌کند. در مورد جواز مزارعت فتوی بر قول صاحبین است. (۱)

مطلب سوم: شرایط مزارعت:

شرایط صحت مزارعت بر هشت نوع است: ۱- بعضی به مزارع (دهقان) ارتباط دارد، ۲- بعضی آن به تخم، ۳- بعضی آن به زرع (کشت) ارتباط دارد، ۴- بعضی آن به آنچه ارتباط دارد که عقد مزارعت بر آن بسته شده، ۵- بعضی به آلات مزارعت ارتباط دارد، ۶- بعضی به محصولات ارتباط دارد، ۷- بعضی آن به مزروع فیه (زمین) ارتباط دارد. ۸- و بعضی آن باز به مدت مزارعت ارتباط دارد.

۱- آن شرایطی که به دهقان ارتباط دارد: باید عاقل باشد، مزارعت دیوانه و کودک غیر عاقل صحیح نمی‌شود.

۲- آن شرطی که به تخم ارتباط دارد: بیان تخم را بکند که چه چیزی در آن می‌کارد، زیرا بعضی تخم‌ها به زمین فایده می‌رسانند و بعضی نقصان که باز [کار] به منازعه کشیده نشود، یا این طور اجازه به او بدهد که هر چیزی در آن می‌کارد می‌توانی بکاری.

۳- آن شرطی که به کشت ارتباط دارد: آن کشت باید قابلیت زراعت داشته باشد، با عمل باید زیادت در آن ممکن باشد، از این جهت اگر چنانچه کشت رسیده و درو شده را به مزارعت بدهد این مزارعت صحیح نمی‌شود.

۴- آن شروطی که به محصولات ارتباط دارد:

۱ (در عقد باید سهم صاحب زمین و دهقان در محصولات معلوم باشد، زیرا مزارعت مانند اجاره است [و] در اجاره‌ای که اجرت ذکر نشده باشد آن اجاره فاسد می‌شود.

۲ (اندازه سهم هر یک در محصول (نصف، ربع، ثلث و یا مانند اینها) باید معلوم باشد، اگر معلوم نباشد مزارعت صحیح نمی‌شود، زیرا جهالت آن منجر به منازعه می‌گردد.

۳ (سهم صاحب زمین و دهقان باید مشاع (نصف، ثلث، ربع و غیره) باشد، اگر برای یک طرف وزن‌های معلوم و یا پیمان‌های مشخص کنند این نوع مزارعت صحیح نمی‌شود.

۵- آن شروطی که به زمین ارتباط دارد:

۱- و أما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة - عليه الرحمة - : أنها غير مشروعة، وبه أخذ الشافعي - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - إنها مشروعة. (وجه) قولهما ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «دفع نخل خبير معاملة، وأرضها مزارعة»، وأدنى درجات فعله - عليه الصلاة والسلام - الجواز، وكذا هي شرعية متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير إنكار.

(وجه) قول أبي حنيفة أن عقد المزارعة استتجار ببعض الخارج، وإنه منهي بالنص والمعقول:

(أما) النص فما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه «قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشيء منه»، وروي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه «نهي عن قفيز الطحان»، والاستتجار ببعض الخارج في معناه، والمنهي غير مشروع.

(وأما) المعقول فهو أن الاستتجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استتجار ببدل مجهول، وإنه لا يجوز كما في الإجارة، وبه تبين أن حديث خبير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة للدلائل الشرع عن التناقض، والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه «أقركم ما أقركم الله»، وهذا منه - عليه الصلاة والسلام - تجهيل المدة، وجهالة المدة تمتع صحة المزارعة بلا خلاف. بقي ترك الإنكار على التعامل، وإذا احتمل أن يكون للجواز، ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد، فلا يدل على الجواز مع الاحتمال. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۶/ ۱۷۵).

- إلا أن الفتوى على قولهما حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها. الهداية في شرح بداية المبتدي (۴/ ۳۳۷).

- م: (إلا أن الفتوى على قولهما) ش: أي لكن الفتوى على قولهما أي أبو يوسف، ومحمد م: (حاجة الناس إليها) ش: أي إلى المزارعة م: (ولظهور تعامل الأمة بها) ش: أي بالمزارعة من لدن زمن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلى يومنا هذا من غير تكبير م: (والقياس يترك بالتعامل) ش: أي بتعامل الناس م: (كما في الاستصناع) ش: أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به. البناء شرح الهداية (۱۱/ ۴۸۱).

۱ (زمین باید قابلیت زراعت داشته باشد، اگر آب بر آن غالب شده باشد و یا زمین بی آب باشد باز عقد مزارعت صحیح نمی شود.

۲ (زمین باید معلوم باشد اگر مجهول باشد باز هم عقد مزارعت در آن صحیح نمی شود زیرا منجر به منازعه می گردد.

۶- آن شرطی که به آنچه ارتباط دارد که عقد دهقانی بر آن صورت گرفته است:

معقود علیه باید از باب مزارعت باشد: اگر تخم از طرف صاحب زمین باشد مقصود عامل باید منفعت باشد و یا اگر تخم از طرف دهقان باشد مقصود باید منفعت زمین باشد، اگر هر دو منفعت جمع شوند این مزارعت فاسد می شود، همین طور اگر منفعت گاوها مقصود باشد باز هم مزارعت فاسد است.

۷- آن شرطی که به آلات دهقانی ارتباط دارد:

گاوها و دیگر وسایل نباید در عقد مزارعت مقصود باشند، اگر در عقد مقصود گردند باز این عقد فاسد می شود.

۸- آن شرطی که به مدت ارتباط دارد:

در مزارعت باید مدت معلوم باشد زیرا این مانند اجاره است و در اجاره ای که مدت مجهول باشد آن فاسد می گردد. (۱)

مطلب چهارم: عذرهای فسخ کردن مزارعت:

آن عذرهایی که در فسخ کردن مزارعت عذر شمرده می شوند بر دو نوع هستند: اول آن عذرهایی که به صاحب زمین ارتباط دارد، دوم آن عذرهایی که به دهقان ارتباط دارد.

۱ - (أما المصححة فأشياء: بعضها يرجع إلى المزارع، وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج، وبعضها يرجع إلى المزرع فيه، وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة.

(أما الذي يرجع إلى المزارع فنوعان: الأول: أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واحدا؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات.

وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد، وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع؛ لأن حال المزرع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض، ورب زرع ينقصها، وقد يقل النقصان، وقد يكثر فلا بد من البيان؛ ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه إلا إذا قال له: أزرع فيها ما شئت، فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس؛ لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس.

وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلا لعمل المزارعة، وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة؛ لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل المزارعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا؛ لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل المزارعة بالزيادة، فلا يكون قابلا لعمل المزارعة.

وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأشياء:

(منها) : أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد؛ لأن المزارعة استئجار، والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة.

(ومنها) : أن يكون لهما حتى لو شرط أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد؛ لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد، وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد.

(ومنها) : أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الإجارة المطلقة.

(ومنها) : أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه؛ لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجازات كذا هذا.

(ومنها) : أن يكون جزءا شائعا من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفزاننا معلومة لا يصح العقد؛ لأن المزارعة فيها معنى الإجارة، والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة.

وأما الذي يرجع إلى المزرع فيه، وهو الأرض فأشياء:

(منها) : أن تكون صالحة للمزارعة حتى لو كانت سبخة أو نرة لا يجوز العقد؛ لأن المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج، والأرض السبخة والنرة لا تجوز إيجارها، فلا تجوز مزارعتها (فأما) إذا

كانت صالحة للمزارعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها، كما تجوز إيجارها.

(ومنها) أن تكون معلومة، فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة.

وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث إنها إجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض، وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجرا للعامل، وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للأرض، وإذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة، فأما منفعة البقر فإن حصلت تابعة صحت المزارعة، وإن جعلت مقصودة فسدت.

وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا، فإن جعل مقصودا في العقد تفسد المزارعة، وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية.

وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة، فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة؛ لأنها استئجار ببعض الخارج، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (۱۷۶/۱۸۰).

اول: آن عذری که به صاحب زمین ارتباط دارد:

۱ (آن دین و قرض سنگینی است که بر عهده صاحب زمین باشد و بدون فروختن زمین ادا نمی شود.

دوم: آن عذرهایی که به دهقان ارتباط دارد:

۱ (بیماری؛ زیرا این از عمل و سفر که هرگاه به آن نیاز پیش آید، مانع می شود.

۲ (رها کردن یک کسب و انتقال به کسب دیگر؛ زیرا گاهی یک کسب منع از گرسنگی نمی کند.

۳ (چنان مانعی که او را از عمل کردن منع کند. (۱)

آن چیزهایی که بعد از وجود عقد مزارعت، آن را فسخ می کند:

۱ (فسخ کردن عقد صراحتاً یا دلالتاً.

۲ (مالک بر غلام بعد از اینکه اول در مزارعت اذن و اجازه برایش کرده باشد، بعداً باز حجر و ممنوعیت بر او وضع کند.

۳ (مدت مزارعت پایان یابد.

۴ (صاحب زمین و یا دهقان بمیرد. (۲)

احکام مربوط به مزارعت:

احکام مزارعت صحیح:

۱ - وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع إلى صاحب الأرض، وبعضها يرجع إلى المزارع.

(أما الأول الذي يرجع إلى صاحب الأرض:

فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض تبايع في الدين، ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة أو بعدها إذا أدرك الزرع، وبلغ مبلغ الحصاد؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر، وإن لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يبايع في الدين ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق العامل، وفي الانتظار إلى وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين وفيه رعاية الجانيين - فكان أولى ويطلق من الحيس إن كان محبوساً إلى غاية الإدراك؛ لأن الحيس جزء الظلم وهو المطل وإنه غير مماطل قبل الإدراك؛ لكونه ممنوعاً عن بيع الأرض شرعاً، والممنوع معذور فإذا أدرك الزرع يرد إلى الحيس ثانياً؛ لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه، وإلا فيبيع القاضي عليه.

(وأما الثاني الذي يرجع إلى المزارع:

فمنحو المرض - لأنه معجز عن العمل -، والسفر - لأنه يحتاج إليه -، وترك حرفة إلى حرفة - لأن من الحرف ما لا يغني من جوع فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره -، ومانع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الإجارة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١٨١ - ١٨٤).

٢ - وأما الذي يفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع:

(منها) : الفسخ وهو نوعان: صريح، ودلالة فالصريح: أن يكون بلفظ الفسخ والإقالة؛ لأن المزارعة مشتملة على الإجارة والشركة، وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والإقالة.

وأما الدلالة فنوعان: الأول: امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بأن قال: لا أريد مزارعة الأرض يفسخ العقد؛ لما ذكرنا أن العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر، ويكون ذلك فسخاً منه دلالة.

والثاني: حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الأرض والبذر مزارعة، وبيان ذلك: أن العبد المأذون إذا دفع الأرض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة يفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لأن العقد لم يقع لازماً من جهة العبد لأنه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر.

ولو كان البذر من جهة المزارع لا يفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة؛ لأن العقد لازم من قبل صاحب البذر؛ ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضاً هذا إذا دفع الأرض مزارعة، فأما إذا أخذها مزارعة، فإن كان البذر من قبله انفسخ العقد؛ لأنه إذا حجر عليه فقد عجز عن العمل، وإنه يوجب انفساخ العقد لقوات المعقود عليه، وإن كان البذر والأرض من قبل صاحب البذر لا يفسخ العقد بالحجر؛ لأنه بالحجر لم يعجز عن العمل إلا أن للمولى منعه عن العمل؛ لما فيه من إتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ ما لا يفسخ بالحجر هذا إذا حجر على العبد المأذون، فأما إذا لم يحجر عليه ولكن نجاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهي قبل ذلك إلا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل، وكذلك نهي الأب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح؛ لأن النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الإذن بالتجارة، والإذن بالتجارة مما لا يتحمل التخصيص.

(ومنها) : انقضاء مدة المزارعة؛ لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ.

(ومنها) : موت صاحب الأرض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو وهو بقل؛ لأن العقد أفاد الحكم له دون وراثته؛ لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا للضرورة.

(ومنها) : موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١٨١ - ١٨٤).

۱ (تمام کارهای دهقانی که برای اصلاح کشت انجام می‌شود، بر عهده دهقان است، مانند نگهداری و مصارف زیر زمین کردن تخم.

۲ (مصارف کشت مانند کود، خشاوه (کندن علف)، بار کردن، ترشل به اندازه سهم خود بر هر دو طرف است.

۳ (اگر زمین محصولات نداد برای هر دو چیزی نیست (برای صاحب زمین کرایه زمین و برای دهقان مزد عمل نیست).

۴ (محصولات تحت آن شرط تعیین شده که میان هر دو بر آن اتفاق شده باشد تقسیم می‌گردد.

۵ (عقد دهقانی در حق کسی که تخم بر عهده او است، غیر لازم شمرده می‌شود اما بر طرف دیگر که تخم را نینداخته، لازم شمرده می‌شود.

۶ (دهقان را بر شخم زدن زمین آن وقت می‌توان مجبور کرد که در عقد شخم زدن را شرط کرده باشند، کاشتن و آبیاری کردن مطابق عرف و عادت تعیین می‌گردد.

احکام مزارعت فاسد:

۱. بر مزارع و دهقان هیچ چیزی از اعمال مزارعت لازم نمی‌گردد، زیرا لزوم آن به عقد است و عقد فاسد است.

۲. محصولات همه آن از صاحب تخم خواهد بود، مساوی است چه تخم از صاحب زمین و یا هم از دهقان باشد.

۳. هنگامی که تخم از صاحب زمین باشد پس بر او دادن اجرت مثل (مزد روزمره) به عامل و دهقان لازم می‌گردد، وقتی که به عامل به اندازه اجرت مثل او تاوان داد این محصولات برایش حلال و روا شد.

و اگر تخم از دهقان باشد. باید به صاحب زمین اجرت مثل زمین را بپردازد. با پرداخت اجرت مثل به صاحب زمین و گرفتن محصولات به اندازه تخم، محصولات برایش حلال است، و مقدار زیاد بر آن را باید به مساکین صدقه دهد؛ زیرا در آن شبهه حرمت وجود دارد.»

۴. در مزارعت فاسد آن زمان اجرت‌المثل واجب می‌شود که دهقان زمین را استفاده کند، زیرا مزارعت مانند اجاره است در اجاره فاسد اجرت‌المثل آن زمان لازم می‌گردد که اجیر شیء اجاره شده را استعمال کند.

۵. در مزارعت فاسد اگر زمین هیچ محصولات هم ندهد اجرت‌المثل واجب می‌گردد، به نظر امام ابو یوسف رحمته الله اجرت‌المثل به مقدار مسمی (مقدار توافق شده) لازم می‌گردد و به نظر امام محمد رحمته الله اجرت‌المثل کامل لازم می‌گردد. (۱)

۱ - وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يميزها فنقول للمزارعة الصحيحة أحكام:

(ومنها): أن كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج إليه لإصلاحه فعلى المزارع؛ لأن العقد تناوله وقد بيناه.

(ومنها): أن كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة، ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما، وكذلك الحصاد والحمل إلى البيدر والدياس وتدريته؛ لما ذكرنا أن ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع.

(ومنها): أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور؛ لأن الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله - عليه الصلاة والسلام - «المسلمون عند شروطهم» .

(ومنها): أنها إذا لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الأرض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الأرض بخلاف المزارعة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل، وإن لم تخرج الأرض شيئاً، والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج، ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء، والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج، فإعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق.

(ومنها): أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه. ولو امتنع بعدما عقد المزارعة على الصحة، وقال: لا أريد زراعة الأرض له ذلك سواء كان له أو لم يكن.

ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك إلا من عذر، وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر، والفرق بين هذه الجملة أن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه، وهو البذر؛ لأن البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه؛ إذ الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله... وسواء كان المزارع كرب الأرض أو لم يكربها؛ لأن ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما، ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة إن شاء الله تعالى.

(ومنها): ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها، وهذا على وجهين: إما أن شرط الكراب في العقد وإما أن سكتنا عن شرطه فإن شرطه يجبر عليه لأنه شرط صحيح فيجب الوفاء به، وإن سكتنا عنه ينظر إن كانت الأرض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه، وإن كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج، ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل

يجبر على الكراب؛ لأن مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة، وعلى هذا إذا امتنع المزارع عن السقي، وقال: ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل أنه إن كان الزرع مما يكتفي بماء السماء، ويخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي، وإن كان مع السقي أجود، فإن كان مما لا يكتفي به يجبر على السقي؛ لما قلنا.

وأما حكم المزارعة الفاسدة فأشكال:

(منها) : أنه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة؛ لأن وجوبه بالعقد ولم يصح.

و (منها) : أن الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الأرض أو المزارع؛ لأن استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه ثمناً ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط، واستحقاق الأجر الخارج بالشرط وهو العقد فإذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشيء؛ لأنه ثمناً ملكه.

(ومنها) : أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل؛ لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان هو مستأجراً للعامل فإذا فسدت الإجارة وجب أجر مثل عمله، وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجراً للأرض، فإذا فسدت الإجارة يجب عليه أجر مثل أرضه.

(ومنها) : أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب؛ لأنه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الأرض، وإذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الأرض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الأرض ويطيب ذلك له؛ لأنه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد، فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق.

(ومنها) : أن أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الأرض؛ لأن المزارعة عقد إجارة والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال، ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة؛ إذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكين من الانتفاع حقيقة وشرعاً، ولم يوجد بخلاف الإجارة الصحيحة على ما عرف في الإجازات.

(ومنها) : أن أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة، وإن لم تخرج الأرض شيئاً بعد أن استعملها المزارع، وفي المزارعة الصحيحة إذا لم تخرج شيئاً لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم.

(ومنها) : أن أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدراً بالمسمى عند أبي يوسف، وعند محمد: يجب تاماً، وهذا إذا كانت الأجرة وهو حصه كل واحد منهما مسماً في العقد، فإن لم يكن يجب أجر المثل تاماً بالإجماع.

(وجه) قول محمد - رحمه الله - أن الأصل في الإجارة وجوب أجر المثل؛ لأنها عقد معاوضة، وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين، وذلك في وجوب أجر المثل؛ لأنه المثل الممكن في الباب؛ إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة إلا أن فيه ضرب جهالة، وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحاً للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضاً، فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير إلى البديل الأصلي للمنافع وهو أجر المثل؛ ولهذا إذا لم يسم البديل أصلاً في العقد وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

(وجه) قول أبي يوسف: أن الأصل ما قاله محمد وهو: وجوب أجر المثل بدلاً عن المنافع قيمة لها؛ لأنه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدراً بالمسمى؛ لأنه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن؛ لأن اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن، وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى؛ لأن المستأجر ما رضي بالزيادة على المسمى، والآجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملاً بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما إذا لم يكن البديل مسمى في العقد؛ لأن البديل إذا لم يكن مسمى أصلاً لا حاجة إلى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١٨١ - ١٨٤).